POLITIQUE LINGUISTIQUE ET LIBRE-ÉCHANGE : L'INCIDENCE DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS SUR LA LÉGISLATION LINGUISTIQUE DU QUÉBEC (À LA LUMIÈRE DE L'EXPÉRIENCE DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE)

José WOEHRLING*

Introduction

I. L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS(A.L.E.)

A. Les principes du droit constitutionnel canadien relatifs à la conclusion et à la mise en œuvre des accords internationaux

B. Le statut juridique et les modalités de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange; son incidence sur les pouvoirs des provinces

1) L'élargissement des compétences législatives fédérales permettant la mise en œuvre de l'Accord

2) Le recours à certains pouvoirs fédéraux «extraordinaires» pour contraindre les provinces à mettre en œuvre les parties de l'Accord qui relèvent de leur compétence

3) Le recours aux procédures de règlement des différends prévu dans l'Accord

C. Les dispositions de l'Accord de libre-échange susceptibles d'entrer en conflit avec la politique linguistique du Québec

1) Remarques générales

2) Les dispositions relatives au commerce des produits

3) Les dispositions relatives aux services

4) Les dispositions relatives aux industries culturelles

D. Le projet d'Accord de libre-échange nord-américain (A.L.É.N.A.)

II. L'EXPÉRIENCE DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE (C.E.E.)

A. Les différences entre la C.É.E. et l'A.L.É.

B. La liberté de circulation des produits

C. La liberté de circulation des services et des personnes

Conclusion

Le 1er janvier 1989 entrait en vigueur l'*Accord de libre-échange Canada-États-Unis* (A.L.É.)[1]. Il ne produira cependant ses pleins effets qu'en 1998, l'application des mesures qu'il prévoit se faisant de façon graduelle. L'Accord institue une zone de libre-échange dans laquelle doivent être éliminés les obstacles au commerce des produits et des services; il a également pour objet de faciliter la concurrence et de libéraliser les conditions d'investissement à l'intérieur de la zone de libre-échange[2]. L'A.L.É. interdit par conséquent certaines mesures fédérales ou provinciales qui limitent la liberté de circulation entre le Canada et les États-Unis. En outre, le gouvernement canadien participe actuellement avec les gouvernements des États-Unis et du Mexique à des négociations destinées à mettre sur pied une zone de libre-échange nord-américaine qui comprendrait les trois pays[3].

Parmi les mesures provinciales qui sont habituellement désignées comme des entraves indirectes à la libre circulation — et qui pourraient donc être considérées comme incompatibles avec l'Accord de libre-échange — figurent, dans le cas du Québec, certaines dispositions de la *Charte de la langue française*[4]. Par conséquent, il est important d'évaluer jusqu'à quel point l'appareil de protection juridique du français comme langue du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires est compatible avec les exigences de la libre circulation des biens et des facteurs dans une perspective de libre-échange.

Nous tenterons de répondre à cette question en analysant les dispositions de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis. Comme on l'a mentionné, l'A.L.É. ne s'applique que depuis le début de 1989 et ses pleins effets ne se produiront que dans quelques années. Par conséquent, étant donné le peu d'usage concernant son application, il est difficile d'évaluer avec précision les répercussions qu'aura l'Accord sur la politique linguistique du Québec. À notre connaissance, aucun problème d'incompatibilité n'a encore été soulevé en pratique. C'est pourquoi nous examinerons, dans un deuxième temps, le fonctionnement de la Communauté économique européenne (C.É.E.), qui offre plusieurs exemples concrets de conflit entre les exigences de la libre circulation et certaines normes linguistiques adoptées par les États membres de la Communauté. En tenant compte des différences qui existent entre l'A.L.É. et la C.É.E., cette analyse nous permettra de mieux prévoir les problèmes qui pourraient surgir dans l'avenir en vertu de l'A.L.É..

* Professeur titulaire à la faculté de droit de l'Université de Montréal.

1 *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, L.C. 1988, c. 65. Le texte de l'Accord fait également foi dans les langues anglaise et française. Pour un commentaire de l'Accord, voir notamment I. BERNIER et B. LAPOINTE, *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis annoté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990 (avec supplément et mise à jour); D. P. STEGER, *A Concise Guide to the Canada-United States Free Trade Agreement*, Toronto, Carswell, 1988.

2 *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, *supra*, note 1 art. 102.

3 Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Accord de libre-échange nord-américain: Vue d'ensemble et description*, août 1992. Pour une analyse du projet, voir J.-Y. GRENON, «L'Accord de libre-échange nord-américain comparé à la Communauté économique européenne», (1993) 367 *R.M.C.* 306.

4 *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5; L.R.Q., c. C-11.

Revue québécoise de droit international, vol. 8 nº 2, pp. 249–264 (1993–1994) 8 *R.Q.D.I.* 249–264.

I. L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (A.L.É.)

Après avoir rappelé les principes du droit constitutionnel canadien relatifs à la conclusion et à la mise en œuvre des traités, on analysera le statut juridique de l'Accord et ses modalités de mise en œuvre. On tentera ensuite d'isoler les dispositions de l'Accord qui sont susceptibles d'entrer en conflit avec la politique linguistique québécoise. Enfin, il faudra comparer le texte de l'A.L.É avec celui du projet d'accord tripartite Mexique-Canada-États-Unis pour voir si l'élargissement du libre-échange à un troisième pays pourrait avoir pour effet de modifier certains éléments de notre problématique.

A. Les principes du droit constitutionnel canadien relatifs à la conclusion et à la mise en œuvre des accords internationaux

La conclusion des traités au Canada relève du pouvoir exécutif en vertu de la prérogative royale[5]. En principe, le gouvernement n'est jamais obligé d'obtenir l'accord du Parlement en vue de la conclusion d'un traité, mais en pratique les accords les plus importants sont soumis à l'approbation des deux Chambres par résolution conjointe, avant l'engagement définitif du Canada. Par ailleurs, dès qu'un traité modifie l'ordre juridique interne, une loi devient nécessaire pour sa *mise en œuvre* (par opposition à sa *conclusion*). C'est donc dire que les traités ayant fait l'objet d'une législation de mise en œuvre ont le rang d'une loi ordinaire. Par conséquent, le droit international conventionnel ne jouit d'aucune supériorité par rapport au droit interne. Cette conséquence est conforme au principe de la souveraineté du Parlement[6].

Dans un État fédéral, se pose évidemment le problème de la détermination de l'ordre de gouvernement compétent pour conclure et mettre en œuvre les traités. Trois solutions sont imaginables. La première, qui est fortement centralisatrice, consiste à confier le pouvoir de conclure tous les traités au gouvernement fédéral et le pouvoir de tous les mettre en œuvre au Parlement fédéral. L'inconvénient de ce système, qui a cours aux États-Unis par exemple, est évidemment que les autorités fédérales pourront, sous le couvert de conclure et de mettre en œuvre un accord, envahir n'importe quel champ de compétence normalement réservé aux États membres de la fédération. La seconde solution, qui est par exemple mise en pratique en Allemagne, est la plus favorable aux États membres. Elle consiste à partager le pouvoir de conclure les traités entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, et le pouvoir de les mettre en œuvre entre le Parlement fédéral et les législatures des États membres, selon que le traité en question porte sur un domaine de compétence fédérale ou provinciale. On remarquera que ces deux premières solutions maintiennent l'une et l'autre l'unité entre le pouvoir de conclure les traités et celui de les mettre en œuvre. Une troisième solution consiste à reconnaître à l'exécutif fédéral le pouvoir de conclure les traités, tout en partageant le pouvoir de les mettre en œuvre entre le Parlement fédéral et les corps législatifs provinciaux, selon que le contenu d'un traité relève des compétences de ceux-ci ou de celui-là.

Cette troisième formule fait disparaître l'unité entre le pouvoir de conclusion et celui de mise en œuvre des traités. Par conséquent, elle est susceptible de soulever des problèmes, le gouvernement fédéral n'étant pas toujours assuré d'obtenir la collaboration nécessaire des autorités provinciales. C'est pourtant la solution qui a été retenue par la jurisprudence canadienne. En effet, dès 1937, le Comité judiciaire du Conseil privé (un tribunal britannique qui est resté compétent jusqu'en 1949 pour réviser en appel les décisions des tribunaux canadiens) posa la règle, encore valable à l'heure actuelle, dictant que la compétence de mettre en œuvre les traités conclus par le gouvernement canadien appartient soit au Parlement fédéral, soit aux législatures provinciales, selon que l'objet du traité porte sur des matières relevant de la compétence de l'État central ou des provinces[7]. Lorsque le traité concerne des matières relevant normalement des provinces, celles-ci sont seules compétentes pour légiférer de façon à le mettre en œuvre et à lui donner effet en droit interne canadien. Si elle est nécessaire pour maintenir l'équilibre du fédéralisme canadien, cette solution entraîne cependant des inconvénients pratiques. En effet, elle rend possible des situations où un traité valablement conclu par l'État canadien ne peut être mis en œuvre à cause de l'opposition d'une ou de plusieurs provinces, si bien que le Canada se trouve dans l'incapacité de remplir ses obligations internationales.

La décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions de travail*[8] est sans doute celle qui a provoqué le plus de réactions acerbes de la part des partisans du centralisme. C'est également l'une de celles qui ont le plus mécontenté le gouvernement fédéral, le poussant à entreprendre les démarches pour l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé en 1949. L'espoir que la Cour suprême du Canada, une fois délivrée de cette tutelle, renverserait l'*Affaire des conventions de travail*[9] pour revenir à une solution plus centralisatrice ne s'est pas encore réalisé. Cependant, depuis 1949, la Cour suprême a semblé vouloir en certaines occasions préparer les esprits à un tel revirement[10]. Pourtant, malgré ses inconvénients, le système instauré par l'*Affaire des conventions de travail*[11] fonctionne de façon satisfaisante grâce à la mise en œuvre de différentes solutions pratiques.

Une première solution consiste à inclure dans un traité dont certaines dispositions exigent une mise en œuvre provinciale une «clause fédérale». Une telle clause a par exemple été insérée dans l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (G.A.T.T.) en 1947[12]. L'article XXIV (12) de cet accord n'impose en effet qu'une simple obligation de moyen à chaque partie contractante

5 Sur la prérogative royale, voir J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du Régime français à nos jours*, Montréal,Thémis, 1992, aux pp. 232 et ss.[ci-après MORIN et WOEHRLING].

6 Il existe cependant une règle d'interprétation selon laquelle le législateur ne doit pas être présumé avoir voulu déroger au droit international, coutumier ou conventionnel. Les tribunaux doivent donc choisir, lorsque cela est possible, l'interprétation la plus compatible avec le droit international.

7 *P.G. Canada* c. *P.G. Ontario* (affaire des conventions de travail), [1937] A.C. 326, aux pp. 347-348 (Lord Atkin). Sur les règles du droit constitutionnel canadien en matière de conclusion et de mise en œuvre des traités, voir MORIN et WOEHRLING, *op. cit.*, supra, note 5 aux pp. 364 et ss.; F. RIGALDIES et J. WOEHRLING, « Le juge interne et le droit international », (1980) 21 *C de D.* 293.

8 *Supra*, note 7.

9 *Supra*, note 7.

10 Dans certains jugements, la Cour suprême a envisagé la possibilité de changer la règle posée par le Comité judiciaire dans l'Avis sur les conventions de travail, suggérant même une possible compétence fédérale autonome de mettre en œuvre les traités, sous réserve seulement de certaines conditions de forme. Pour une analyse de ces décisions, voir A.L.C. DE MESTRAL, « L'évolution des rapports entre le droit canadien et le droit international un demi-siècle après l'Affaire des conventions internationales de travail », (1987) 25 *A.C.D.I.* 301. Voir également R.E. SULLIVAN, « Jurisdiction to Negociate and Implement Free Trade Agreements in Canada : Calling the Provincial Bluff », (1987) 24 *West. L. Rev.* 63.

11 *Supra*, note 7.

12 *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, reproduit dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public - Notes et documents*, tome 1, Montréal, Thémis, 1987, pp. 95 et ss..

en l'engageant à prendre « toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux observent les dispositions du présent Accord ». En vertu de cette disposition, le gouvernement fédéral doit simplement porter le traité à la connaissance des gouvernements provinciaux et les inviter à mettre en œuvre les articles dont l'application relève des assemblées législatives provinciales, mais il n'encourt aucune responsabilité internationale si celles-ci n'y donnent pas suite (par contre, en ce qui concerne les articles dont la mise en œuvre relève de la compétence du Parlement fédéral, les obligations de l'État canadien demeurent entières)[13]. Cette technique de la « clause fédérale » est cependant vue d'un mauvais œil par les autres États contractants, qui peuvent difficilement savoir quel sera en définitive le sort réservé aux dispositions du traité dont la mise en œuvre échappe aux compétences des autorités fédérales.

Une autre solution, qui n'a pas les inconvénients de la précédente, consiste à recourir à la coopération fédérale-provinciale, le gouvernement central devant alors s'assurer, avant de conclure un traité dont certaines parties portent sur des domaines relevant de la compétence des provinces, la collaboration de ces dernières pour sa mise en œuvre. Dès lors, il peut sans crainte s'engager pour la totalité du traité. Cette façon de procéder a notamment servi lors de la conclusion de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis.

B. Le statut juridique et les modalités de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange; son incidence sur les pouvoirs des provinces

Durant la négociation de l'A.L.É., le gouvernement fédéral a régulièrement consulté les provinces et les a tenues au courant du progrès des discussions. Ce souci d'associer les provinces à la négociation venait du fait que celle-ci portait notamment sur l'élimination de certaines barrières non tarifaires provinciales et que le gouvernement fédéral savait donc qu'il aurait besoin de la collaboration des provinces pour mettre en œuvre certaines parties de l'Accord, une fois celui-ci en vigueur[14]. Cependant, l'Accord n'a été conclu qu'entre le gouvernement fédéral américain et le gouvernement fédéral canadien. Les provinces canadiennes et les États américains ne l'ont pas signé et n'y sont pas parties[15]. Mais, comme on va le voir, de nombreuses dispositions de l'Accord s'appliquent aux mesures adoptées par les États et les provinces et les deux parties signataires, soit les gouvernements fédéraux canadien et américain, se sont formellement engagées à faire appliquer l'Accord par leurs subdivisions territoriales.

En effet, l'article 103 de l'Accord énonce :

> « Article 103 – Étendue des obligations. Les Parties au présent accord veilleront à ce que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions de l'Accord, y compris à leur observance, sauf stipulation contraire dans les présentes, par les gouvernements des États et des provinces et les administrations locales. »

Le professeur Bernier, qui fait autorité en droit commercial international, explique de la façon suivante la portée de cet article :

> La formulation de l'article 103 de l'ALÉ fait de cette disposition le contraire à toutes fins pratiques d'une clause fédérale traditionnelle, c'est-à-dire que plutôt que de qualifier l'engagement fédéral sur le plan international pour tenir compte du partage des compétences, ce qui constitue une obligation de moyens, il nie l'impact de ce partage, ce qui équivaut à une obligation de résultat. En d'autres termes, on revient à la responsabilité de base que le droit international impose aux États fédéraux pour les agissements de leurs subdivisions territoriales[16].

Autrement dit, plutôt que de dégager sa responsabilité comme dans l'Accord du G.A.T.T. en y faisant insérer une « clause fédérale », le gouvernement canadien s'est engagé, vis-à-vis des États-Unis, à faire respecter par les provinces les dispositions de l'Accord de libre-échange qui les concernent. Au cas où elles s'y refuseraient, Ottawa se trouverait à violer cet engagement et sa responsabilité internationale serait engagée sur le plan juridique, en même temps que sa crédibilité sur le plan politique.

Dans une telle situation, les autorités fédérales seraient évidemment tentées d'utiliser tous les moyens à leur disposition afin d'amener les provinces récalcitrantes à adopter les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les parties de l'Accord qui les concernent. Le Parlement fédéral sera néanmoins dans l'incapacité de voter les mesures législatives nécessaires si celles-ci relèvent de la compétence exclusive des provinces. En effet, comme on l'a vu, il ne saurait, sous le prétexte de réglementer le commerce international, s'attribuer des champs de compétence assignés par la Constitution aux législatures des provinces. Cependant, il se pourrait fort bien que le désir d'éviter aux autorités fédérales un tel dilemme amène précisément la Cour suprême du Canada à modifier la jurisprudence relative à la répartition des pouvoirs, de façon à reconnaître au Parlement canadien des pouvoirs élargis dans le

13 La clause fédérale de l'article XXIV (12) du G.A.T.T., *supra*, note 12, a reçu une interprétation fort restrictive dans une décision d'un panel du G.A.T.T. en mars 1988, interprétation qui a conduit à la condamnation de certaines pratiques des monopoles provinciaux des alcools : *Décision sur l'importation, la distribution et la vente des boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, Rapport du groupe spécial, 22 mars 1988, G.A.T.T., *Instruments de base et documents divers*, supp. nº. 35, 1989, L/6304, 38. Le professeur Vilaysoun Loungnarath résume cette interprétation comme suit : « D'une part, le panel a exprimé l'avis qu'il revenait aux parties contractantes de déterminer si l'État en cause avait pris toutes les mesures raisonnables en son pouvoir, écartant ainsi l'argument qu'il appartient à ce dernier de faire cette évaluation. D'autre part, en blâmant le Canada pour les pratiques des monopoles d'alcools provinciaux et en lui signifiant qu'il avait mal interprété ses propres obligations en la matière, le panel se trouvait à rejeter toute justification fondée sur ce particularisme constitutionnel canadien qu'est l'*Affaire des conventions de travail* de 1937 [*supra*, note 7]. Le panel réduisait ainsi à bien peu de choses la zone d'immunité réelledes activités provinciales attachée à l'article XXIV du GATT »; voir V. LOUNGNARATH, « L'incidence de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis sur le développement de la paradiplomatie provinciale » (conférence prononcée lors du colloque sur les relations extérieures des collectivités territoriales d'Europe et d'Amérique du Nord tenu à Montréal les 7 et 8 octobre 1992 dans le cadre des entretiens Jacques Cartier; à paraître dans (1992) 26 *Revue Juridique Thémis*, pp. 20-21. À la suite de cette décision, le Canada s'est entendu avec la C.É.E. pour corriger la situation : voir l'annexe 1 de la décision précitée.

14 Sur l'association des provinces à la négociation de l'A.L.É., voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La libéralisation des échanges avec les États-Unis : une perspective québécoise*, 1987; voir également V. LOUNGNARATH, « La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis », (1987) 4 *R.Q.D.I.* 9; É. THÉROUX, « Du Traité de réciprocité à l'Accord de libre-échange », (1991) 25 *R.J.T.* 227.

15 Le Québec a cependant adopté un décret concernant l'A.L.É. dans lequel il se déclare favorable à celui-ci, affirme être seul compétent pour sa mise en œuvre dans chacun des domaines de sa compétence et s'engage à prendre les mesures nécessaires, y compris les mesures législatives et réglementaires : D. 944-88, 15 juin 1988, (1988) 120 *G.O.* II, 3535. Jusqu'à présent, une seule modification d'ordre législatif a été apportée au droit québécois pour le rendre conforme à l'Accord : l'article 98 de la *Loi concernant les droits sur les mines*, L.R.Q., c. D-15, qui n'avait d'ailleurs jamais été appliqué, a été abrogé par la *Loi modifiant la Loi concernant les droits sur les mines*, L.Q. 1989, c. 43.

16 I. BERNIER, « L'Accord de libre-échange Canada-États-Unis et la constitution», dans M. GOLD et D. LEYTON-BROWN, *Trade-Offs on Free Trade*, Toronto, Carswell, 1988, p. 100. Voir également I. BERNIER et A. BINETTE, *Les provinces canadiennes et le commerce international*, Québec, C.Q.R.I., 1988, aux pp. 140, 189 et 193.

domaine de la réglementation du commerce[17]. Une évolution dans ce sens est d'ailleurs déjà amorçée depuis quelques années.

1) L'élargissement des compétences législatives fédérales permettant la mise en œuvre de l'Accord

Dans deux décisions de 1989[18], la Cour suprême du Canada a ressuscité au profit du Parlement fédéral le pouvoir de « réglementation générale du commerce » qui avait été mentionné par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Parsons*, mais pratiquement toujours invoqué en vain par la suite[19]. En l'occurence, elle a validé sur ce fondement une loi anti-coalitions qui contenait des dispositions créant des droits d'action de nature privée contre les entreprises soupçonnées de pratiques restrictives de la libre-concurrence. Bien qu'empiétant sur la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils, ces dispositions furent validées à titre de mesures accessoires parce qu'elles avaient un « rapport fonctionnel » avec le système législatif[20]. Les critères utilisés par la Cour pour évaluer la portée de la compétence fédérale sont inquiétants dans la mesure où certains d'entre eux appellent un jugement de nature plus politique que judiciaire : une mesure fédérale visant le commerce local pourra être considérée comme une « réglementation générale du commerce » si elle institue un système général de réglementation contrôlé par un organisme; si elle porte sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur ou un produit en particulier; si elle est de nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter; si l'omission de l'appliquer à une ou plusieurs provinces compromettait son application dans d'autres parties du pays. La Cour a ajouté que ces critères ne sont pas exhaustifs et que l'absence de l'un d'entre eux n'est pas nécessairement concluante[21].

Par ailleurs, dans l'arrêt *Crown Zellerbach*[22] de 1988, la Cour suprême a abandonné l'interprétation mesurée de la théorie des « dimensions nationales » qu'elle avait retenue en 1976 dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*[23] au profit d'une interprétation beaucoup plus dangereuse pour l'autonomie des provinces selon laquelle des matières attribuées expressément et exclusivement à celles-ci sont susceptibles de devenir fédérales si les circonstances leur confèrent une « dimension nationale ». Un sujet devrait être considéré comme d'« intérêt national » notamment dans les cas où l'on pourrait démontrer que la collaboration interprovinciale ne constitue pas une alternative satisfaisante à l'existence d'une norme nationale unique, dans la mesure où le défaut d'une seule province de collaborer pourrait entraîner des conséquences dommageables pour les autres provinces et pour l'ensemble du pays[24]. Or, la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange pourrait sans doute être considérée par les tribunaux comme remplissant cette condition.

Enfin, l'adoption de mesures législatives fédérales destinées à mettre en œuvre l'Accord de libre-échange et empiétant sur certaines compétences provinciales pourrait être l'occasion pour la Cour suprême de renverser la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions de travail*[25] et d'élargir le pouvoir fédéral de mise en œuvre des traités. Comme on l'a mentionné précédemment, la Cour a déjà envisagé, dans certains jugements, mais sans jamais jusqu'à présent passer à l'acte, l'éventualité de changer la règle posée par le Comité judiciaire en 1937, suggérant même l'existence d'une possible compétence fédérale autonome de mettre en œuvre les traités, sous réserve seulement de certaines conditions de forme[26].

Dans tous les domaines où l'évolution de la jurisprudence entraînerait, le cas échéant, l'élargissement du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer sur les questions visées par l'*Accord de libre-échange*, les lois fédérales adoptées à cette fin seraient pré-

17 Un examen de l'interprétation judiciaire de la répartition des pouvoirs législatifs au Canada permet de constater que l'intervention de la Cour suprême est marquée depuis 1949 par des tendances centralisatrices à long terme. En cela, la situation canadienne n'est pas différente de celle des autres fédérations. En effet, les études comparatives permettent de constater que toutes les cours suprêmes fédérales contribuent de façon significative à la centralisation graduelle des pouvoirs, en dépit de la théorie politico-juridique leur prêtant un rôle d'arbitre neutre entre l'État central et les États fédérés; voir par exemple E. ORBAN, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible?*, Montréal, Québec/Amérique, 1984, notamment aux pp. 272 et ss. et 302 et ss.; M. SHAPIRO, *Courts : A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981, notamment aux pp. 20 et 55. Cette dynamique centralisatrice des cours suprêmes fédérales s'explique essentiellement par l'existence, dans toutes les fédérations, d'un processus de centralisation politique et économique qui paraît irréversible et qui est dû à un grand nombre de facteurs, notamment l'importance grandissante du rôle de stabilisation économique et de redistribution des ressources assumé au niveau national par l'État central et l'interdépendance croissante de la politique interne et des relations internationales, celles-ci étant dirigées par le gouvernement national. Les recherches démontrent par ailleurs qu'il existe une corrélation entre l'attitude centralisatrice adoptée par la Cour suprême d'une fédération et l'influence politique que le gouvernement national exerce sur elle. De ce point de vue, le fait que le gouvernement fédéral canadien dispose d'un pouvoir de nomination discrétionnaire des juges de la Cour suprême ne peut évidemment qu'accentuer le rôle centralisateur de cette dernière.

18 *General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Quebec Ready Mix Inc.* c. *Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695.

19 *Citizens' Insurance Co.* c. *Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96, aux pp. 112 et 113 (Sir Montague Smith). Dans cet arrêt, il fut décidé que les provinces pouvaient légiférer sur le commerce et les échanges « locaux » (ou « intraprovinciaux »), ce qui devait par la suite être interprété comme comprenant les services ainsi que la production et la commercialisation des biens dans les secteurs industriel et agricole. Quant au Parlement fédéral, il se voyait reconnaître la compétence, d'une part, pour la réglementation des échanges impliquant un élément suffisant d'extranéité interprovinciale ou internationale, et, d'autre part, pour « la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Canada », par opposition au « pouvoir de légiférer pour réglementer les contrats d'un échange ou d'un commerce en particulier ». Cependant, Sir Montague Smith n'avait pas précisé ce que signifiait l'expression « réglementation générale des échanges », ni dans quelles circonstances des échanges commerciaux cessaient d'être «locaux» pour devenir « interprovinciaux » ou « internationaux ». Les critères développés postérieurement par le Comité judiciaire ne furent guère favorables à la compétence fédérale. Le pouvoir de « réglementation générale du commerce » (*general trade and commerce*) fut invoqué dans toutes les décisions relatives à la clause de commerce, presque toujours en vain. Pour une analyse détaillée de la jurisprudence relative à la compétence sur le commerce et les échanges, voir P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3e ed., Toronto, Carswell, 1992, pp. 439 et ss.; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 448 et ss.

20 Dans l'affaire *McDonald* c. *Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S.. 134, la Cour avait refusé de valider comme relevant de la « réglementation générale du commerce » une mesure fédérale qui accordait un recours civil aux victimes

... suite

d'activités commerciales malhonnêtes, dans la mesure où celui-ci était indépendant de tout système régulatoire. Dans les affaires *General Motors* et *Ready Mix*, *supra*, note 18, la législation était placée sous la supervision d'un organisme de réglementation; cependant, les recours civils étaient laissés à l'initiative privée. Pour une critique vigoureuse de ces deux dernières décisions, voir : BRUN et TREMBLAY, *op. cit.*, *supra*, note 19, pp. 453-455.

21 *General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, *supra*, note 18, aux pp. 661-663 (le juge en chef Dickson pour la Cour).

22 *R.* c. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

23 *Renvoi sur la loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373. Pour une analyse de cette décision, voir MORIN et WOEHRLING, *op. cit.*, *supra*, note 5 pp. 308 et suiv.

24 Pour une analyse plus approfondie de l'arrêt *Crown Zellerbach*, *supra*, note 22, et de l'évolution récente de la théorie des « dimensions nationales », voir MORIN et WOEHRLING, *op. cit.*, *supra* 5 pp. 315 et suiv. Voir également, sur ce même arrêt et sur l'arrêt *General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, *supra*, note 18 : M. PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », (1990) 21 *R.D.U.S* 1.

25 *Supra*, note 7.

26 Voir *supra*, note 7 et le texte correspondant.

pondérantes sur les lois provinciales valides et rendraient celles-ci inopérantes en cas de conflit. Autrement dit, la législation fédérale sur le libre-échange primerait sur les lois provinciales incompatibles[27]. Cette prépondérance de la législation fédérale vaudrait également pour ce qui est des mesures portant sur le statut des langues, puisque le pouvoir de réglementer les comportements linguistiques dans un domaine quelconque accompagne toujours la compétence principale relative à ce domaine. En effet, la Constitution canadienne n'attribue pas expressément de compétences pour légiférer sur l'emploi des langues. Cette question est réglée par la technique des pouvoirs « ancillaires » ou « accessoires », le pouvoir de légiférer sur une question incluant celui d'en régir les aspects linguistiques[28]. Par conséquent, la législation et la réglementation linguistiques québécoises deviendraient inopérantes dans la mesure où elles entreraient en conflit avec les mesures linguistiques fédérales éventuellement adoptées pour mettre en œuvre l'*Accord de libre-échange*.

2) Le recours à certains pouvoirs fédéraux «extraordinaires» pour contraindre les provinces à mettre en œuvre les parties de l'Accord qui relèvent de leur compétence

Les pouvoirs législatifs du Parlement canadien, même élargis de la façon qui vient d'être mentionnée, pourraient néanmoins n'être pas suffisants pour permettre à celui-ci de mettre en œuvre toutes les dispositions de l'*Accord de libre-échange*. Des auteurs sérieux, ainsi que le procureur général de l'Ontario (dans un document publié à l'époque du précédent gouvernement), considèrent que les autorités fédérales pourraient — voire devraient — recourir alors à certains pouvoirs extraordinaires, plus ou moins tombés en désuétude, afin de forcer les provinces à faire adopter par leurs propres législatures les mesures nécessaires[29].

Il en irait ainsi des pouvoirs de réserve et de désaveu, prévus à l'article 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui permettent au Cabinet fédéral, par l'intermédiaire du lieutenant-gouverneur ou du gouverneur général, de refuser de donner la sanction royale à un projet de loi provincial ou de « désavouer » — c'est-à-dire d'annuler — une loi provinciale dans l'année qui suit son entrée en vigueur[30]. La plupart des auteurs estiment qu'il existe à présent une convention constitutionnelle interdisant le recours aux pouvoirs de réserve et de désaveu. Il faut cependant rappeler que le non-respect des conventions ne peut être sanctionné par les tribunaux. Sur le strict plan juridique, rien n'empêcherait donc le Gouverneur général et le Lieutenant-Gouverneur d'exercer leurs pouvoirs de désaveu et de réserve.

En second lieu, les autorités fédérales pourraient recourir au « pouvoir déclaratoire ». En adoptant une loi pour déclarer que certains « travaux » entièrement situés dans une province sont « pour l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre de provinces », le Parlement canadien acquiert une compétence législative *exclusive* sur les travaux visés et les soustrait ainsi à la compétence provinciale[31]. L'exercice de ce pouvoir est discrétionnaire, les tribunaux refusant d'en contrôler l'opportunité. Entre 1867 et 1960, le Parlement canadien a utilisé le pouvoir déclaratoire 470 fois. Depuis 1960, le pouvoir déclaratoire n'a été invoqué que cinq fois, mais quantité de déclarations sont toujours en vigueur. Lorsque la déclaration vise des ouvrages ou des travaux destinés au fonctionnement d'une entreprise, la compétence acquise par le Parlement s'étend non seulement aux installations physiques, mais à l'activité industrielle ou commerciale de l'entreprise considérée. Le pouvoir déclaratoire constitue, par conséquent, une grave dérogation au principe fédéral, puisqu'il permet au Parlement canadien de modifier unilatéralement la répartition des pouvoirs à son avantage. C'est pourquoi les provinces réclament depuis longtemps, mais sans succès, que le pouvoir déclaratoire soit aboli ou, du moins, que son utilisation soit soumise à certaines conditions préalables, comme par exemple l'accord d'un certain nombre d'entre elles[32].

En troisième lieu, le gouvernement fédéral pourrait utiliser son « pouvoir de dépenser » pour amener une province récalcitrante à respecter l'*Accord de libre-échange*, en arrêtant ou en diminuant les versements de péréquation ou la contribution fédérale à certains programmes conjoints fédéraux-provinciaux[33].

Bien sûr, l'application de l'*Accord de libre-échange* n'amènera pas nécessairement les autorités fédérales à recourir aux pouvoirs qui viennent d'être mentionnés pour forcer les provinces récalcitrantes à respecter les obligations qui découlent de l'Accord et qui les concernent. Cependant, comme le dit un auteur, l'article 103 de l'Accord permettra aux États-Unis de prétendre qu' Ottawa est *tenu* d'utiliser tous les pouvoirs dont il dispose pour amener les provinces à se plier à l'Accord, l'omission de le faire

27 Habituellement, les tribunaux interprètent ce concept d'incompatibilité de façon plutôt restrictive. En effet, selon la jurisprudence traditionnelle, les normes provinciales ne deviennent inopérantes que dans la mesure où elles sont opérationnellement ou fonctionnellement incompatibles avec les normes fédérales qui occupent le même champ, c'est-à-dire si leur application concomitante ou complémentaire est impossible, ou si l'on préfère, lorsque l'observance d'une mesure entraîne forcément l'inobservance de l'autre; voir par exemple : *Multiple Access Ltd.* c. *McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161 à la p. 191. Cependant, dans un arrêt de 1990, *Banque de Montréal* c. *Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, la Cour suprême du Canada est venue donner au concept d'incompatibilité une portée moins restrictive et, par conséquent, élargir le champ d'application du principe de la primauté des lois fédérales.

28 Ce principe ressort clairement de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Jones* c. *P.G. Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, et il a été régulièrement répété par les tribunaux depuis; voir, par exemple : *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal* c. *Ministre de l'éducation du Québec*, [1976] C.S. 430; *P.G. Québec* c. *Dominion Stores Ltd.*, [1976] C.A. 310; *Devine* c. *P.G. Québec*, [1976] C.S. 355; [1987] R.J.Q. 50 (C.A.); [1988] 2 R.C.S. 790 aux pp. 807-809. Sur la question du partage des compétences en matière linguistique, voir notamment BRUN et TREMBLAY, *op. cit.*, *supra*, note 19 pp. 754-756; H. BRUN et G. TREMBLAY, « Les langues officielles au Canada », (1979) 20 *C. de D.* 69, aux pp.77-78; P.W. HOGG, *op. cit.*, *supra*, note 16 aux pp. 1198-1201; B. PELLETIER, « Les pouvoirs de légiférer en matière de langue après la "Loi constitutionnelle de 1982" », (1984) 25 *C. de D.* 227, aux pp. 243-251.

29 A. PETTER, « Free Trade and the Provinces », dans GOLD et LEYTON-BROWN, *op. cit.*, *supra*, note 16 aux pp. 141 et 143-145; ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, *The Impact of the Canada-U.S. Trade Agreement : A Legal Analysis*, Mai 1988, aux pp. 11-12 et 87-88. Pour un point de vue opposé, voir par exemple : M. L. PILKINGTON, « Free Trade and Constitutional Jurisdiction », dans GOLD et LEYTON-BROWN, *op. cit.*, *supra*, note 16 aux pp. 92 et 96-97.

30 Sur les pouvoirs de réserve et de désaveu susceptibles d'être exercés, en théorie, contre un projet de loi ou une loi d'une législature provinciale, voir MORIN et WOEHRLING, *op. cit.*, *supra*, note 5 aux pp. 379 et ss..

31 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3; L.R.C. (1985), app. II, n° 5, art. 92(10)c). Antérieurement désignée *British North America Act, 1867*, la loi de 1867 a été rebaptisée par la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.- 11; L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

32 Pour plus de détails, voir A. LAJOIE, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement : augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1969.

33 Le « pouvoir de dépenser » désigne la capacité d'un ordre de gouvernement d'affecter ses ressources financières à certains objectifs. Lorsque les buts poursuivis relèvent de la compétence de l'autorité qui engage les dépenses, il n'existe aucune difficulté particulière. Par contre, le problème se pose quand les dépenses ainsi faites représentent une intervention dans les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement. Comme les ressources financières fédérales sont plus importantes que celles des provinces, ce sont ces dernières qui ont à craindre l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement central, plutôt que l'inverse. Sur le pouvoir de dépenser du gouverment fédéral, voir MORIN et WOEHRLING, *op. cit.*, *supra*, note 5 aux pp. 360 et ss..

constituant elle-même une violation de celui-ci[34]. À cet égard, soulignons que la loi fédérale de mise en œuvre de l'A.L.É. contient un article qui laisse entendre qu'à défaut de mettre en œuvre l'Accord là où elles en ont le pouvoir, les provinces encourent le risque d'une intervention fédérale. En effet, l'article 9 de ce texte reconnaît expressément au gouverneur en conseil (c'est-à-dire au Cabinet fédéral) le droit d'adopter tout règlement nécessaire à la mise en œuvre du chapitre 8 de l'Accord — qui traite des vins et spiritueux — dans une province qui refuserait d'utiliser ses propres pouvoirs pour ce faire[35].

3) Le recours aux procédures de règlement des différends prévues dans l'Accord

Si l'un des deux États parties à l'Accord de libre-échange ne remplit pas ses obligations, par exemple si le gouvernement fédéral canadien ne réussit pas à convaincre les provinces de mettre en œuvre les parties de l'Accord qui les concernent, il devra se soumettre à l'une des deux procédures de règlement des différends prévues aux chapitres 18 et 19 de l'Accord. Selon le chapitre 18, pour les questions autres que celles visées au chapitre 17 (services financiers) et au chapitre 19 (différends en matière de droits antidumping ou compensateurs), s'il n'est pas possible de régler le différend par des consultations, il devra être renvoyé à la Commission mixte du commerce canado-américain (article 1805). Si celle-ci ne peut parvenir à une solution mutuellement satisfaisante, deux possibilités sont prévues. La première est l'arbitrage obligatoire dans le cas des différends qui peuvent surgir au sujet de l'interprétation et de l'application des dispositions sur les mesures d'urgence (article 1103) et, dans le cas de tous les autres différends, sur accord mutuel des parties (article 1806). La deuxième possibilité, s'il n'y a pas d'arbitrage, est la soumission du différend, à la demande de l'une ou l'autre des parties, à un groupe spécial d'experts qui présentera ses recommandations à la Commission, laquelle s'entendra sur une solution du différend qui «devra normalement être conforme aux recommandations du groupe spécial» (article 1807). Par ailleurs, le chapitre 19 prévoit un mécanisme spécial de règlement des différends pour les affaires de droits antidumping et compensateurs : un groupe spécial binational effectuera un examen judiciaire des décisions finales prises par les autorités compétentes nationales, en se référant au droit interne, tel qu'il est interprété à la lumière de l'Accord et du G.A.T.T. (article 1904).

Dans le cas des sentences arbitrales, si la partie contrevenante ne s'exécute pas dans les délais requis, la partie lésée a le droit de suspendre l'application d'avantages équivalents à son égard, c'est-à-dire d'adopter des mesures de rétorsion (article 1806). Il en va de même si la Commission ne parvient pas à une entente après avoir reçu les recommandations d'un groupe spécial et que la partie lésée estime que la mesure en cause compromet les droits que lui confère l'Accord ou les avantages qu'elle en escompte (article 1807.9)[36]. Sur le plan juridique, les deux parties sont placées sur un pied d'égalité en ce qui concerne le recours aux procédures de règlement des différends. Par contre, sur un plan économique, étant donné la taille et la force respectives des deux économies, le pouvoir de rétorsion du Canada est évidemment sans commune mesure avec celui des États-Unis.

Les mesures provinciales considérées comme incompatibles avec l'Accord pourront faire l'objet d'une plainte des États-Unis tout aussi bien que les mesures fédérales. Comme les provinces ne sont pas parties à l'Accord, elles devront s'en remettre aux autorités fédérales pour défendre leurs mesures qui seraient contestées par les États-Unis. En outre, si elles peuvent être visées de façon passive par les procédures de règlement des différends, les provinces ne pourront, par contre, y recourir de façon active, toujours pour la même raison[37].

Enfin, l'article 2011 de l'A.L.É. prévoit que si une partie estime que l'application d'une mesure, *contraire ou non* aux dispositions de l'Accord, « semble annuler ou réduire un avantage qui devrait raisonnablement découler directement ou indirectement de l'Accord », elle peut invoquer les dispositions du Chapitre 18 relatives à la consultation et au règlement des différends ou, avec le consentement de l'autre partie, recourir à l'arbitrage. Cette disposition, qui s'applique également aux mesures provinciales (mais qui ne touche pas aux industries culturelles), a pour effet d'étendre sensiblement la portée de l'Accord.

C. Les dispositions de l'Accord de libre-échange susceptibles d'entrer en conflit avec la politique linguistique du Québec

1) Remarques générales

L'article 105 de l'Accord de libre-échange énonce l'obligation fondamentale de « traitement national » qui s'impose aux deux parties :

> « Chaque Partie accordera, dans la mesure prévue par le présent accord, le traitement national pour ce qui concerne l'investissement et le commerce des produits et services. »

34 A. PETTER, *loc. cit.*, *supra*, note 29 à la p. 144; voir également ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO,*The Impact of the Canada-U.S. Trade Agreement : A Legal Analysis*, *op. cit.*, *supra*, note 29 aux pp. 88 et 92 : « By this clause [l'article 103 de l'A.L.É.], the federal government agrees to compel the provinces to implement the Agreement, to the extent that it can do so » (p. 92).

35 *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, L.C. 1988, c. 65, art. 9 : «(1) Le gouverneur en conseil peut, sur telle question prévue au chapitre 8 de l'Accord, prendre tout règlement qu'il estime nécessaire à la mise en œuvre de ce chapitre dans une province, notamment en ce qui concerne l'obligation ou l'interdiction d'accomplir un acte susceptible d'être réglementé aux termes du présent paragraphe et la fixation de peines en cas de contravention ou d'inobservation. (2) Il ne peut être procédé à l'entrée en vigueur du règlement visé au paragraphe (1) si, selon le gouverneur en conseil, la province concernée a, dans le cadre de son droit, adopté des dispositions, ou appliqué des mesures, conformes à la partie du chapitre 8 de l'Accord visée par le règlement».

36 Sur le fonctionnement des organismes et des mécanismes de règlement des différends prévus par l'A.L.É., voir les études du chapitre 6 dans GOLD et LEYTON-BROWN, *op. cit.*, *supra*, note 16, aux pp. 169-211. Voir également I. BERNIER, « Les institutions dans l'Accord de libre-échange canado-américain – Une structure originale en vue d'une intégration économique plus poussée », dans *Le marché canado-américain et les Communautés européennes – Deux espaces en profonde mutation*, Deuxième Entretiens du Centre Jacques-Cartier, Centre de documentation et de recherches européennes de la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin Lyon III, 1990, p. 137; D. LEMIEUX, « La mise en œuvre de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* en droit interne : 1988-1991 », (1992) 33 *C. de D.* 385; C. LICHTENSTEIN, « L'émergence d'une jurisprudence des groupes spéciaux du Chapitre 18 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis », dans *Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique en Europe et en Amérique: Colloque du Québec*, Paris, Pedone, 1993, p. 19 et ss; E. SAUCIER, « Les aspects procéduraux du mécanisme derèglement des différends en matière de dumping et de subventionnement », (1991) 25 *R.J.T.* 523; G. H. HORLICK et F. A. DEBUSK, « Dispute Resolution Panels of the U.S.-Canada Free Trade Agreement : The First Two and One-Half Years », (1992) 37 *R.D. McGill* 574; W.C.GRAHAM, « Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship », (1992) 37 *R. D. McGill* 544.

37 Les provinces canadiennes n'ont pas de représentant à la Commission mixte du commerce canado-américain et ne participent pas au processus de nomination des arbitres qui font partie des groupes spéciaux constitués en vertu des chapitres 18 et 19 de l'A.L.É.

Le « traitement national » signifie que chaque partie doit traiter, dans la mesure prévue par l'Accord, les produits, les services et les investissements de l'autre partie de la même façon que les produits, services et investissements nationaux. Cette norme interdit donc la discrimination entre les biens et facteurs américains, d'une part, canadiens, de l'autre. Dans la mesure où l'Accord s'applique aux provinces, le « traitement national » signifie le « traitement provincial » et oblige les provinces à appliquer aux produits et facteurs américains, une fois que ceux-ci seront importés, le même traitement qu'aux leurs. Par contre, l'obligation de traitement national ne signifie pas que les produits importés doivent être traités dans le pays d'importation de la même façon qu'ils le sont dans leur pays d'origine.

Comme on le verra plus loin, l'Accord prévoit certaines exceptions à l'obligation de traitement national lorsqu'une partie réussit à faire la preuve qu'une différence de traitement est nécessaire pour des considérations d'intérêt public.

Par ailleurs, dans certains cas, l'Accord impose aux parties, soit à la place de l'obligation de traitement national, soit même en sus de celle-ci, l'obligation de ne pas adopter de mesures « constituant une discrimination arbitraire ou injustifiable » ou « une restriction déguisée au commerce bilatéral »[38]. Aucune définition de ces concepts n'est donnée dans l'Accord, mais les expressions utilisées, le droit comparé de la Communauté européenne ainsi que la tendance générale de la jurisprudence interne canadienne et américaine font penser que l'Accord sera interprété comme prohibant la discrimination indirecte (involontaire) autant que la discrimination directe.

Il faut également souligner que, dans certains cas, l'Accord prévoit une clause d'antériorité (ou « clause grand-père ») en vertu de laquelle toutes les mesures existantes, même incompatibles avec l'obligation de traitement national ou l'obligation de non-discrimination, sont protégées et maintenues. Dans de tels cas, les obligations de l'Accord n'ont donc qu'un caractère prospectif, c'est-à-dire qu'elles s'appliqueront uniquement aux nouvelles mesures susceptibles d'être prises dans l'avenir.

Enfin, pour en terminer avec ces remarques générales, signalons que l'Accord prévoit parfois des discussions futures entre les parties sur l'harmonisation de leur réglementation respective dans le but de réduire les obstacles au commerce.

2) *Les dispositions relatives au commerce des produits*

Le Chapitre 5 de l'Accord porte sur l'application de l'obligation de traitement national aux produits. L'article 501 incorpore à l'A.L.É. les règles correspondantes du G.A.T.T. ainsi que les notes interprétatives et les interprétations s'y rapportant. L'article 502 assujettit clairement les mesures adoptées par les provinces canadiennes et les États américains à l'obligation de traitement national des produits.

Il faut souligner ici que le commentaire du texte de l'A.L.É. publié par le gouvernement fédéral contient un passage relatif au Chapitre 5 de l'Accord dans lequel on affirme que les « prescriptions canadiennes en matière d'étiquetage bilingue continueront de s'appliquer à tous les produits, qu'ils soient importés ou fabriqués au Canada »[39]. Comme il s'agit d'un document explicatif canadien qui n'a pas été approuvé par les États-Unis, une telle affirmation ne constitue évidemment aucune garantie que ces derniers ne contesteront pas un jour les normes d'étiquetage bilingue. En effet, bien qu'elles s'appliquent unifor- mément aux produits canadiens et aux produits américains importés, de telles normes pourraient être considérées comme la cause d'une discrimination indirecte contre ces derniers.

Le Chapitre 6 de l'A.L.É. porte sur les normes techniques (c'est-à-dire les mesures normatives non tarifaires) applicables aux produits autres qu'agricoles et alimentaires.

L'article 602 énonce que les parties affirment leurs droits et leurs obligations en vertu de l'Accord du G.A.T.T. relatif aux obstacles techniques au commerce et l'article 603 ajoute :

> « Ni l'une ni l'autre Partie ne maintiendra ou n'adoptera de mesures normatives ou de procédures d'approbation des produits qui créeraient des obstacles inutiles à leur commerce bilatéral. Il ne sera pas réputé y avoir de tels obstacles
>
> a) s'il peut être prouvé que la mesure ou procédure a pour objet de réaliser un objectif intérieur légitime, et
>
> b) si la mesure ou procédure n'est pas appliquée de façon à exclure les produits de l'autre Partie qui répondent à cet objectif intérieur légitime. »[40]

Par ailleurs, l'article 601.2 énonce que les dispositions du chapitre 6 ne s'appliquent pas aux mesures adoptées par les provinces canadiennes et les États américains et ajoute : « En conséquence, les Parties n'ont pas besoin de veiller à leur observance par les États, provinces ou administrations locales »[41]. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la compatibilité du Chapitre 6 avec la politique linguistique du Québec.

Par contre, le Chapitre 6 s'applique aux mesures fédérales, notamment celles qui portent sur l'étiquetage bilingue[42]. À ce sujet, les commentaires du texte de l'Accord publiés par le gouvernement fédéral affirment : « Aucune disposition de l'Accord n'empêche le Canada d'exiger l'étiquetage bilingue des produits, à condition que cette même exigence vise aussi bien les produits nationaux que les produits importés »[43].

Cependant, si les États-Unis étaient d'un avis différent et contestaient les mesures canadiennes relatives au bilinguisme des emballages et étiquettes, ils pourraient arguer que celles-ci entraînent une discrimination *indirecte* contre les producteurs américains, dans la mesure où l'obligation d'étiqueter en français est plus onéreuse et entraîne davantage de complications pour ces derniers que pour les producteurs canadiens, car elle ne s'applique qu'à la partie de leur production qui est destinée à l'exportation au Canada.

En outre, pour justifier ses normes d'étiquetage bilingue, le Canada devrait démontrer, selon l'article 603 de l'Accord, que celles-ci ont « pour objet de réaliser un objectif intérieur légitime». L'objectif légitime serait très probablement considéré comme étant celui de la protection des consommateurs. Or, si l'on examine le droit de la Communauté européenne, comme nous le ferons plus loin, on s'aperçoit que cet objectif de protection des

38 Voir, par exemple, les articles 1402.8, 1403.2 et 1407 de l'A.L.É..

39 *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Ottawa, Groupe des communications sur le commerce extérieur, Ministère des Affaires extérieures, Copie 4-01-88, p. 75; voir également un autre commentaire, plus détaillé, de l'Accord publié par le ministère des Affaires extérieures sous le titre *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis : synopsis*, Ottawa, Groupe des communications sur le commerce extérieur, Ministère des Affaires extérieures, Copie 10-12-87, p. 25.

40 Les « mesures normatives » sont définies comme incluant les spécifications techniques, les règlements techniques, les normes et les règles des systèmes de certification qui s'appliquent aux produits ainsi qu'aux procédés et aux méthodes de production.

41 Cependant, l'article 607.3 prévoit que les parties, dans la mesure du possible, se notifieront mutuellement les mesures normatives proposées par les autorités d'un État ou d'une province et susceptibles d'influer sensiblement sur le commerce bilatéral.

42 *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. 1985, c. C-38 et règlement d'application.

43 *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, *op. cit.*, *supra*, note 39, à la p. 79; voir également *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis : synopsis*, *op. cit.*, *supra*, note 39 à la p. 25.

consommateurs ne justifie pas toujours les exigences linguistiques relatives à l'étiquetage et à l'emballage. Les organes européens ont par exemple considéré qu'une illustration photographique suffisait, dans certains cas, à renseigner le consommateur sur la nature d'un produit et, par conséquent, que l'exigence d'une inscription en français, découlant de la *Loi française du 31 décembre 1975*, n'était plus dès lors justifiée[44]. Ils sont arrivés à la même conclusion dans le cas de produits destinés à un public restreint et spécialisé, dont on doit supposer qu'il comprend l'anglais[45]. Des raisonnements similaires pourraient facilement être retenus en ce qui concerne l'application de l'A.L.É., d'autant plus que l'article 603 (b)) exige, pour qu'une mesure ne soit pas considérée comme un obstacle inutile au commerce, que celle-ci ne soit pas appliquée « de façon à exclure les produits de l'autre partie qui répondent à cet objectif [...] légitime ». Pour reprendre les exemples européens précédents, un produit américain étiqueté uniquement en anglais, mais dont le contenu serait décrit de façon suffisamment explicite par une reproduction photographique, ou qui s'adresserait à un public restreint de scientifiques pourrait être considéré comme répondant à l'objectif de protection des consommateurs. Évidemment, l'on pourrait alors argumenter que la réglementation fédérale canadienne sur le bilinguisme des étiquettes et des emballages n'a pas uniquement pour objet de protéger les consommateurs, mais également de promouvoir les droits des francophones et l'unité nationale. Un tel objectif, de nature politique plutôt qu'économique ou technique, serait sans doute beaucoup plus difficile à faire reconnaître comme légitime par les Américains.

Le Chapitre 6 de l'A.L.É. contient également diverses dispositions dans lesquelles le Canada et les États-Unis s'engagent à harmoniser leurs mesures normatives et leurs procédures d'approbation des produits, d'accréditation et d'acceptation des données d'essai. En outre, chaque partie prendra, à la demande de l'autre, « toutes les mesures raisonnables à sa disposition » pour promouvoir l'objectif d'harmonisation en ce qui a trait aux diverses mesures normatives mises au point par des organismes privés (article 604.2). Un tel processus donnera certainement lieu à l'exercice de pressions sur le gouvernement et sur les organismes privés de normalisation canadiens dans le but de les convaincre d'aligner leurs réglementation et leurs mesures sur celles des États-Unis, ce qui signifierait évidemment un affaiblissement, voire l'abandon, des exigences de bilinguisme des emballages et des étiquettes.

Le Chapitre 7 de l'A.L.É. porte sur les produits agricoles et alimentaires. Nous n'examinerons ici que les dispositions susceptibles d'avoir un effet sur les normes linguistiques canadiennes, fédérales ou provinciales. En effet, contrairement au Chapitre 6, le Chapitre 7 s'applique aux provinces canadiennes et aux États américains. En vertu de l'article 708, les parties s'engagent à éliminer les règlements techniques et les normes qui « constituent une restriction arbitraire, injustifiable ou déguisée au commerce bilatéral » et tenteront, là encore, au cours des prochaines années, d'harmoniser leurs règlements techniques. Les mêmes remarques que précédemment s'appliquent ici, à savoir que les exigences fédérales de bilinguisme dans l'étiquetage et l'emballage risquent de n'être pas toujours considérées justifiables du point de vue de la protection du consommateur. Il en va de même pour les exigences d'étiquetage en français contenues dans la *Charte de la langue française* du Québec. Celles-ci seront encore beaucoup plus vulnérables que les exigences fédérales, car elles portent sur les inscriptions d'un produit ou de son emballage et sur tout document accompagnant ce produit, y compris le mode d'emploi et les certificats de garantie, doivent être rédigées en français, mais peuvent être accompagnées d'une ou de plusieurs traductions, *à condition que celles-ci ne l'emportent pas sur le français*[46]. On conçoit aisément que des exigences portant sur la dimension *relative* des inscriptions en français et de celles dans une autre langue seront difficilement considérées comme nécessaires pour protéger les consommateurs. Par ailleurs, il sera sûrement difficile de convaincre les Américains que l'objectif d'assurer *l'égalité symbolique* du français et de l'anglais constitue un objectif suffisamment important pour justifier des mesures qui ont pour effet d'entraver le commerce bilatéral entre les États-Unis et le Canada.

Tout comme pour les produits industriels visés au Chapitre 6, l'engagement des deux parties de négocier l'harmonisation de leurs normes techniques relatives aux produits alimentaires et agricoles entraînera des pressions en vue de l'assouplissement des exigences, notamment linguistiques, qui sont plus sévères au Canada qu'aux États-Unis. Dans le cas du Chapitre 7, qui s'applique aux provinces, ces pressions s'exerceront également sur celles-ci.

Le Chapitre 14 de l'A.L.É. porte sur les marchés publics, mais ne vise que des organismes fédéraux. Cependant, les parties se sont engagées à continuer de négocier pour élargir la portée de ce chapitre, qui pourrait donc s'appliquer un jour aux marchés publics des provinces.

3) *Les dispositions relatives aux services*

Le Chapitre 14 de l'A.L.É., qui s'applique expressément aux provinces canadiennes et aux États américains, porte sur la fourniture de certains services énumérés à l'annexe 1408 (la plupart des services commerciaux sont visés, à l'exception des transports, des télécommunications de base, des services offerts par les médecins, les dentistes et les avocats, des services de garde d'enfants et des services assurés par le gouvernement, tels les services de santé et d'éducation et les services sociaux). L'article 1402.1 étend le principe du traitement national aux services visés :

> « Sous réserve du paragraphe 3, chaque Partie accordera aux personnes de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses personnes dans des circonstances analogues en ce qui a trait aux mesures couvertes par le présent chapitre. »

On constate donc que cette disposition garantit la libre circulation des personnes, dans la mesure où celle-ci est nécessaire à la libre circulation des services visés. Les deux États parties ont ainsi convenu de ne faire aucune distinction entre les fournisseurs canadiens et américains de ces services, c'est-à-dire de les traiter sur un pied d'égalité. L'article 1403 étend l'obligation de non-discrimination aux mesures régissant l'autorisation d'exercer et la reconnaissance professionnelle des fournisseurs de services et ajoute que ces mesures devraient être liées principalement à la compétence ou à la capacité de fournir les services en question.

L'article 1402.5 contient une clause d'antériorité qui précise que les obligations qui viennent d'être mentionnées (y compris celles de l'article 1403) ne s'appliquent pas aux mesures existant au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord (le 1er janvier 1989), ni à la prorogation ou au renouvellement de ces mesures, ni même

44 Il s'agit de l'affaire *France Quick*, Commission des Communautés européennes, SG (85) 8781 du 8.VII.1985 et SG (85) 9123 du 17. VII. 1985.

45 Il s'agit de l'affaire des laboratoires ISMUNIT, Commission des Communautés européennes, SG (85) D/11505 du 6.IX.1985.

46 *Charte de la langue française*, *supra*, note 4 art. 51.

à leur modification, pourvu que celle-ci ne rende pas la mesure modifiée moins conforme à l'Accord qu'auparavant. Par conséquent, toutes les dispositions canadiennes, fédérales et provinciales, qui pourraient être considérées comme non conformes aux articles 1402 et 1403 sont sauvegardées et pourront être renouvelées à l'avenir, ce qui signifie notamment que la *Charte de la langue française* du Québec ne pourra pas être contestée en s'appuyant sur les dispositions en question. Cependant, toute mesure *nouvelle* — linguistique ou autre — qu'adoptera le Québec après le 1er janvier 1989 devra être entièrement conforme à l'obligation de traitement national, à moins qu'elle ne tombe sous le coup de l'exception prévue à l'article 1402.3 qui énonce :

> « Nonobstant les paragraphes 1 et 2, le traitement qu'une Partie accorde aux personnes de l'autre Partie peut différer de celui qu'elle accorde à ses personnes, pourvu
>
> a) que la différence de traitement ne soit pas plus importante que ce qui est nécessaire pour des considérations de gestion prudente, de fiducie, de santé et de sécurité, ou de protection des consommateurs;
>
> b) que le traitement différent en question équivalle en pratique au traitement que la Partie accorde à ses personnes pour les mêmes considérations [...]. »

Cette exception semble viser les mesures qui différencieraient *directement* entre les fournisseurs de services canadiens et américains sur le fondement de leur nationalité respective. La *Charte de la langue française* ne contient actuellement aucune disposition de ce genre. Si c'était le cas, elle serait protégée à l'égard de l'A.L.É. par la clause d'antériorité de l'article 1402.5, mais elle serait invalide au regard du droit constitutionnel canadien puisqu'elle constituerait une loi relative aux étrangers, sujet qui relève de la compétence fédérale exclusive en vertu de l'article 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par ailleurs, l'article 1402.8 superpose à l'obligation de traitement national une obligation de non-discrimination qui ne s'applique, comme la précédente, que de façon prospective :

> « Nonobstant le fait que ces mesures puissent être compatibles avec les paragraphes 1, 2 et 3 du présent article et à [*sic*] l'article 1403, aucune des Parties n'introduira de mesures, y compris une mesure exigeant comme condition préalable à la fourniture d'un service visé l'établissement ou la présence commerciale sur son territoire par une personne de l'autre Partie, constituant une discrimination arbitraire ou injustifiée entre les personnes des Parties ou un obstacle déguisé au commerce bilatéral des services visés. »

Comme on le constate, cette obligation de non-discrimination, contrairement à l'obligation de traitement national, n'est soumise à aucune exception fondée sur des considérations d'intérêt public interne. Il en va de même pour l'obligation de non-discrimination contenue à l'article 1403, déjà mentionné, qui vise les mesures régissant l'autorisation d'exercer et la reconnaissance professionnelle. Après avoir disposé, à son premier paragraphe, que ces mesures devraient être liées « principalement à la compétence ou à la capacité de fournir [les] services », l'article 14 ajoute au deuxième paragraphe :

> « Chaque Partie s'assurera que ces mesures n'ont pas pour objet *ni pour effet* d'entraver ou de limiter de façon discriminatoire l'accès des nationaux de l'autre Partie à ladite autorisation d'exercer ou reconnaissance professionnelle [nous soulignons]. »

À l'avenir, ces deux obligations de non-discrimination pourraient limiter la liberté du Québec d'adopter de *nouvelles* exigences linguistiques en ce qui concerne l'accès à la pratique des professions visées par l'A.L.É. En effet, même si de telles exigences s'appliquaient uniformément à tous, sans distinction du lieu d'origine, elles pourraient être considérées comme ayant pour *effet*, sinon pour objet, de créer une discrimination fondée sur le lieu d'origine, dans la mesure où, en pratique, elles limiteraient davantage l'accès des Américains que celui des Québécois ou des Canadiens aux professions et aux occupations visées[47]. C'est en tout cas de cette façon qu'est abordé le problème dans la Communauté européenne. Un auteur qui a étudié la question de façon approfondie résume ainsi la politique qui inspire le règlement adopté par le Conseil des ministres de la C.É.E. relativement à la circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté[48] :

> « [...] when a Member State makes access to employment dependent on linguistic proficiency, there is a presumption of an indirect discrimination against foreign workers, unless it can be shown that such proficiency is needed for that particular job. »[49]

Il faut souligner que ce concept de discrimination indirecte a également été utilisé par la Cour suprême des États-Unis et, plus récemment, par la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *Ford*[50], celle-ci a interprété le concept de discrimination contenu dans l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec[51] en s'inspirant de la jurisprudence relative à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[52] et aux codes antidiscriminatoires des autres provinces. Elle a considéré que l'article 10 n'interdit pas seulement la discrimination *directe*, c'est-à-dire celle qui repose sur une distinction apparente dans le texte même de la loi, mais également la discrimination *indirecte* (ou «discrimination par suite d'un effet préjudiciable») qui découle des effets concrets d'une disposition législative ou réglementaire qui vise pourtant dans les mêmes termes tous ceux auxquels elle s'applique. Ainsi, l'article 58 de la loi 101 du Québec impose à tous l'usage exclusif du français dans l'affichage public et la publicité commerciale. La Cour supérieure et la Cour d'appel, en s'appuyant sur la notion de discrimination directe, en avaient conclu que cette disposition ne créait pas une distinction fondée sur la langue au sens de l'article 10 parce qu'elle mettait sur un pied d'égalité toutes les personnes voulant faire de l'affichage public et de la publicité commerciale : elle s'appliquait à tous indépendamment de leur langue usuelle.

47 Ainsi, l'article 35 de la *Charte de la langue française*, *supra*, note 4, énonce que les ordres professionnels ne peuvent délivrer de permis qu'à des personnes qui ont du français une connaissance « appropriée à l'exercice de leur profession ». Toute personne ayant reçu un certificat d'études secondaires au Québec (y compris dans une école anglaise) est présumée avoir la connaissance voulue de la langue française. La même présomption est établie en faveur de toute personne ayant suivi, à temps plein, au moins trois années d'enseignement secondaire ou post secondaire en français ou ayant réussi les examens de français langue maternelle de la 4e ou de la 5e année du secondaire. Dans les autres cas, une personne doit obtenir une attestation délivrée par l'Office de la langue française sur la foi d'un examen. Ces dispositions pourraient fort bien être considérées comme établissant une discrimination fondée sur le lieu d'origine ou de résidence antérieure, puisqu'une personne *diplômée au Québec*, c'est-à-dire *y ayant résidé un certain temps*, est présumée répondre aux exigences de la loi et se trouve par conséquent dispensée de toute formalité supplémentaire. Soulignons cependant que, même si l'article 35 de la *Charte de la langue française* était considéré comme non conforme aux articles 1402 ou 1403 de l'A.L.É., il serait protégé par la clause d'antériorité de l'article 1402.5.

48 Règlement 1612/68 du Conseil des ministres du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, J.O. L 257, 1968, p. 1.

49 B. DE WITTE, « The Impact of European Community Rules on Linguistic Policies of the Member States », dans F. COULMAS (dir.), *A Language Policy for the European Community–Prospects and Quandaries*, Berlin-New York, Mouton de Gruyter, 1991, p. 163, à la p. 168.

50 *Ford* c. *P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712; voir également *Devine* c. *P.G. Québec*, *supra*, note 28.

51 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

52 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

La Cour suprême, au contraire, a utilisé le concept de discrimination indirecte, ce qui l'a amené à l'analyse et aux conclusions suivantes :

> « Comme l'ont dit la Cour supérieure et la Cour d'appel, l'art. 58 se veut d'application universelle, imposant à tous, indépendamment de leur langue usuelle, l'exigence de l'usage exclusif du français Il produit toutefois des effets différents sur différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Il est permis aux francophones de se servir de leur langue usuelle, alors que cela est interdit aux anglophones et aux autres non-francophones. Cette différenciation constitue-t-elle une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10 de la *Charte* québécoise? À notre avis, c'est le cas. L'article 58 de la *Charte de la langue française*, du fait qu'il touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle, crée entre ces personnes une distinction fondée sur la langue usuelle[53]. »

Le même raisonnement pourrait possiblement être utilisé pour démontrer qu'une disposition qui impose à tous, indépendamment de leur nationalité, l'exigence de la connaissance du français pour l'accès à certaines professions, produit toutefois des effets différents sur les Américains, d'une part, et sur les Québécois et les Canadiens, d'autre part, et, par conséquent, crée entre ces deux catégories de personnes une distinction fondée sur l'origine nationale.

En conclusion, il faut par conséquent constater que les dispositions de l'A.L.É. relatives à la libre circulation des fournisseurs de services ne menacent en rien la *Charte de la langue française* dans son contenu actuel, puisque celui-ci est protégé par la clause d'antériorité de l'article 1402.5. Cependant, la liberté du Québec d'adopter de nouvelles dispositions dans l'avenir pourrait être réduite par les obligations de non-discrimination contenues dans l'Accord, dans la mesure où une exigence de connaissance du français pour l'accès à certaines professions pourrait être considérée comme une cause de discrimination indirecte fondée sur le lieu d'origine[54].

4) Les dispositions relatives aux industries culturelles

L'article 2005.1 de l'A.L.É. exempte les industries culturelles de la plupart des dispositions de l'Accord, mais l'article 2005.2 ajoute :

> « Malgré les autres dispositions du présent accord, chaque Partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1. »

Autrement dit, les mesures de rétorsion sont permises contre toutes mesures nationales relatives à une industrie culturelle, comme le film ou le livre, et qui serait non conforme à une quelconque disposition de l'Accord. Pour bien comprendre la portée d'une telle mesure, il faut rappeler qu'en vertu des règles du G.A.T.T., une partie ne peut user de rétorsion sans être passée au préalable par des procédures de consultation, d'enquête et d'autorisation. L'article 2005.2 de l'A.L.É. laisse au contraire à chaque partie une marge de manœuvre discrétionnaire.

En outre, il faut souligner que la disposition semble permettre d'appliquer les mesures de rétorsion non seulement contre le secteur de la culture lui-même, mais également contre tout autre secteur économique de la partie visée.

Enfin, dans un article récent, le professeur Bernier souligne que l'article 2005.2 de l'A.L.É. pourrait à la limite entraîner une renonciation implicite au bénéfice de l'article IV du G.A.T.T. qui autorise les contingents à l'écran, mesures qui sont apparemment incompatibles avec la lettre et l'esprit de l'Accord de libre-échange. Si tel devait être le cas, les États-Unis seraient autorisés à adopter des mesures de rétorsion contres les réglementations quantitatives adoptées par le Canada pour protéger sa production cinématographique intérieure[55]. De même, les dispositions de la *Loi sur le cinéma* du Québec qui contiennent certaines exigences quant à la production et à la diffusion de versions en langue française de films réalisés dans une autre langue[56] pourraient être considérées comme ayant pour effet de réduire le commerce bilatéral des films, auquel cas les États-Unis seraient justifiés de prendre des mesures de rétorsion, contre un secteur économique quelconque situé au Québec ou même ailleurs au Canada[57].

Les répercussions de l'Accord de libre-échange sur la politique linguistique du Québec sont encore difficiles à évaluer, étant donné, d'une part, que l'Accord ne s'applique que depuis peu de temps et que l'expérience disponible est donc très limitée et, d'autre part, que les dispositions et politiques québécoises *actuelles* sont en grande partie protégées par des clauses d'antériorité. Répétons qu'à notre connaissance aucune mesure linguistique québécoise — ou fédérale — n'a été formellement contestée jusqu'à présent comme non conforme à l'Accord.

On peut résumer de la façon suivante l'analyse détaillée qui vient d'être faite.

Seules les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires (Chapitre 7), par opposition aux produits industriels (Chapitre 6), s'appliquent aux provinces canadiennes[58]. En pratique, elles pourraient servir à contester les dispositions *existantes* de la *Charte de la langue française* relatives à l'étiquetage et à l'emballage.

Les dispositions du Chapitre 14 qui portent sur la fourniture de certains services s'appliquent également aux provinces, mais elles sont assorties d'une clause d'antériorité en vertu de laquelle

53 *Ford, supra*, note 50, à la p. 787 (la Cour). La Cour a considéré comme justifié le fait *d'exiger la présence du français* dans la publicité commerciale et les raisons sociales, mais elle a également conclu que le fait *d'exclure les autres langues* constituait une restriction non justifiable des droits garantis par les deux Chartes. Pour une critique de la décision de la Cour d'appel du Québec dans cette même affaire, critique qui peut être transposée à la décision de la Cour suprême, voir, J. WOEHRLING, « La réglementation linguistique de l'affichage public et la liberté d'expression : *P.G. Québec* c. *Chaussure Brown's Inc* .», (1987) 32 *R. D. McGill* 878.

54 Plusieurs autres provinces exigent la connaissance de l'anglais pour l'accès à certaines professions, mais de telles mesures, contrairement à celles du Québec qui exigent la connaissance du français, ne gênent évidemment en rien les fournisseurs de services américains désireux d'exercer leur profession au Canada; voir sur ce point J. E. MAGNET et S. RODGERS-MAGNET, « La liberté de circulation : la libre circulation des personnes et l'union économique du Canada », dans M. KRASNICK (dir.), *Points de vue sur l'union économique canadienne*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, volume 60 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, p. 217, aux pp. 246 et ss..

55 Après avoir soulevé la question, le professeur Bernier conclut cependant que l'article 2005.2 de l'A.L.É. n'entraîne pas de renonciation à l'article IV du G.A.T.T., celui-ci pouvant être considéré comme incorporé par référence au texte de l'A.L.É. par son article 501; voir I. BERNIER, « La dimension culturelle dans le commerce international : quelques réflexions en marge de l'accord de libre-échange Canada/États-Unis du 2 janvier 1988 », (1987) *A.C.D.I.* 243, pp. 255-256. Sur la situation des industries culturelles dans l'A.L.É, voir également les articles du chapitre 11 dans GOLD et LEYTON-BROWN (dir.), *op. cit.*, *supra*, note 16 aux pp. 347-372.

56 *Loi sur le cinéma*, L.R.Q, c. C-18.1, art. 83.

57 Sur cette question, voir BERNIER et BINETTE, *op. cit.*, *supra*, note 16, aux pp. 87-88.

58 Si le Québec accédait à la souveraineté et devenait partie à l'Accord de libre-échange, toutes les dispositions qui ne s'appliquent pas aux provinces canadiennes et aux États américains, comme par exemple le chapitre 6, lui deviendraient applicables *ipso jure*.

elles ne visent que les *nouvelles* mesures que les parties sont susceptibles d'adopter dans l'avenir. Par conséquent, le Chapitre 14 de l'A.L.É. ne peut avoir aucune incidence sur les dispositions *actuelles* de la *Charte de la langue française* ou les autres mesures faisant partie de la politique linguistique du Québec. Par contre, il pourrait servir à empêcher le Québec d'adopter dans le futur de *nouvelles* exigences linguistiques en ce qui concerne les professions visées par l'A.L.É..

Les dispositions de l'A.L.É. relatives aux produits et aux services imposent soit une obligation de traitement national, soit une obligation de non-discrimination, soit encore superposent les deux. À première vue, ces deux obligations ne sont nullement incompatibles avec les dispositions québécoises — ou fédérales — qui exigent le bilinguisme ou la présence/connaissance du français, pour autant que celles-ci s'appliquent de façon uniforme à tous, sans distinction quant au lieu d'origine, ce qui est bien le cas. Cependant, nous avons vu que la tendance générale à l'heure actuelle est de prohiber non seulement la discrimination *directe*, qui se marque dans l'énoncé même d'une norme, mais également la discrimination *indirecte*, qui peut résulter du fait qu'une même norme appliquée à différentes catégories de personnes entraîne des effets disproportionnés sur l'une de ces catégories. Ce concept de discrimination indirecte (ou « discrimination par suite d'un effet préjudiciable » ou discrimination *de facto*) est accepté et utilisé autant en droit interne canadien et américain que dans le droit de la Communauté économique européenne.

En utilisant le concept de discrimination indirecte, on pourra donc argumenter que les normes québécoises et fédérales qui exigent le bilinguisme ou la présence/connaissance du français ont pour effet de discriminer de façon indirecte contre les Américains, dans la mesure où elles sont en pratique plus contraignantes pour eux que pour les Québécois et les autres Canadiens.

Si cet argument était retenu, le Québec et les autorités fédérales pourraient tenter de justifier leurs exigences linguistiques en démontrant que celles-ci ont pour objet de réaliser un objectif légitime et que les moyens utilisés sont nécessaires pour atteindre cet objectif. Il y a fort à parier que les objectifs retenus seraient la protection des consommateurs et la sécurité du public. Cependant, de telles finalités ne justifient pas l'exigence du bilinguisme, ou de la présence/connaissance du français, dans tous les cas où celle-ci s'applique, comme le démontre fort bien le droit de la Communauté européenne. Elles justifient encore moins les dispositions de la *Charte de la langue française* qui exigent que les inscriptions dans une autre langue ne doivent pas l'emporter sur les inscriptions en français. Enfin, la protection du consommateur et la sécurité du public ne justifient d'aucune façon, tout au contraire, les dispositions de cette loi qui imposent l'usage exclusif du français et prohibent l'usage d'une autre langue, par exemple en matière d'affichage commercial et de raisons sociales. Comme on le sait fort bien, la *Charte de la langue française* a pour objectif de rehausser le statut de la langue française par rapport à celui de l'anglais et c'est pour cette raison qu'elle prohibe parfois cette dernière langue ou qu'elle exige que celle-ci ne l'emporte pas sur le français. Cependant, de tels objectifs, qui relèvent d'une politique destinée à modifier la condition respective de deux langues qui sont en concurrence, seront difficilement considérés comme justifiables dans le cadre d'un Accord de libre-échange qui obéit à une logique purement économique, en vertu de laquelle toutes les entraves au commerce doivent être éliminées. Nous verrons que cette même logique économique a précisément fait condamner à plusieurs reprises, par les organes de la Communauté économique européenne, une loi linguistique française qui n'est pas sans ressemblance avec la loi 101 du Québec.

Enfin, il faut souligner que les répercussions de l'A.L.É. sur la politique linguistique québécoise (et fédérale), même si elles ne paraissent pas très considérables pour le moment, pourraient s'alourdir dans l'avenir, au fur et à mesure que diminuera, puis cessera, l'effet des clauses d'antériorité contenues dans l'Accord. En outre, on a noté que diverses dispositions de l'Accord prévoient de nouvelles négociations dans un but d'*harmonisation* des législations des deux parties, ainsi que des diverses mesures normatives mises au point par les organismes privés qui relèvent d'elles. Répétons qu'un tel processus entraînera de fortes pressions en faveur d'un alignement des mesures et normes canadiennes sur celles des États-Unis, c'est-à-dire, à toutes fins utiles, d'un affaiblissement des exigences linguistiques fédérales et québécoises.

D. Le projet d'Accord de libre-échange nord-américain (A.L.É.N.A.)

Le 12 juin 1991, à Toronto, commençaient les négociations entre les États-Unis, le Canada et le Mexique en vue de conclure un *Accord de libre-échange* nord-américain (A.L.É.N.A.) destiné à faire de l'ensemble du continent nord-américain une seule zone économique. Quatorze mois devaient être nécessaires pour établir le projet de traité. Il a été signé le 17 décembre 1992 et les trois gouvernements ont annoncé qu'ils souhaitaient faire entrer l'Accord en vigueur le 1er janvier 1994, une fois les mesures législatives nécessaires à la mise en oeuvre interne de cet instrument adoptées. L'A.L.É.N.A. a pour objet principal de rendre l'A.L.É. applicable au Mexique, tout en étendant ses dispositions à certains nouveaux secteurs, par exemple les transports terrestres. L'A.L.É.N.A. renferme également un mécanisme qui doit permettre d'admettre de nouveaux pays; on sait le Chili a déjà manifesté l'intention de négocier son adhésion.

Il est évidemment fort difficile, à l'heure actuelle, de voir dans quelle mesure l'élargissement du libre-échange au Mexique ou à d'autres pays pourrait modifier l'effet des exigences de la libre circulation sur la politique linguistique du Québec. Quelques remarques générales viennent cependant à l'esprit.

Le Mexique voudra probablement imposer des exigences linguistiques similaires à celles du Québec et des autorités fédérales canadiennes en ce qui concerne l'étiquetage et l'emballage des produits. De même, il voudra sans doute vérifier si les fournisseurs de services originaires des deux autres États parties qui désirent travailler sur son territoire peuvent le faire en espagnol. Plus généralement, les Mexicains ont certaines préoccupations, concernant la concurrence entre l'anglais et l'espagnol, qui se rapprochent de celles des Québécois relativement au statut respectif de l'anglais et du français. De ce point de vue, le Canada et le Québec trouveront dans le Mexique un allié pour défendre certaines normes linguistiques auprès des Américains, qui auront sans doute toujours tendance à les trouver superflues. En sens inverse, le fait que désormais le trilinguisme des produits d'exportation, plutôt que le bilinguisme, sera exigé compliquera la tâche des exportateurs et renforcera la conviction de ceux qui considèrent que l'unilinguisme anglais est la pratique commerciale la plus efficace et la plus économique. L'exemple de la Communauté économique européenne montre qu'il existe une tendance naturelle, lorsque plusieurs langues sont reconnues comme officielles, à adopter des règles qui permettent aux agents économiques de n'en utiliser qu'une ou deux — de préférence les plus répandues — chaque fois que cela est possible, dans le but évident de faciliter et de

simplifier les pratiques commerciales. De ce point de vue, la langue française sortira sans doute perdante d'une extension de la zone de libre-échange au Mexique, puisque l'espagnol est parlé par davantage de personnes que le français, que ce soit en Amérique du Nord, aux États-Unis ou dans le reste du monde.

Si l'A.L.É.N.A. (qui devrait alors changer de nom) accueillait des pays hispanophones de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud, l'importance de la langue espagnole dans la zone de libre-échange augmenterait encore au détriment du français. Par ailleurs, si le Brésil était admis comme pays membre, l'addition d'une quatrième langue, le portugais, compliquerait la situation et la rapprocherait davantage de celle qui existe dans la Communauté européenne.

On peut également souligner que, lorsqu'un ou plusieurs nouveaux partenaires sont admis dans une zone de libre-échange qui n'en comprenait auparavant que deux, une intégration juridique plus poussée devient à la fois possible et souhaitable. Souhaitable, parce que la libre circulation exige une certaine harmonisation des législations, qui risquent d'être d'autant plus divergentes que le nombre de pays participants est élevé. Possible, parce que certains mécanismes institutionnels qui sont inutilisables dans les relations entre deux pays, comme le vote à la majorité, peuvent être utilisés lorsque trois pays ou davantage sont en présence. Il est vrai qu'à l'inverse l'intégration est d'autant plus difficile que le niveau de développement des divers pays est différent. De ce point de vue, l'entrée du Mexique dans la zone de libre-échange actuellement formée par le Canada et les États-Unis compliquerait évidemment les efforts d'intégration. Comme on le verra en examinant le précédent de la C.É.E., un plus grand nombre de partenaires et une intégration juridique et politique plus poussée peuvent avoir pour effet de rendre plus difficile l'harmonisation des règles de libre circulation avec les lois linguistiques nationales.

II. Le précédent de la Communauté économique européenne (C.É.E.)

A. Les différences entre la C.É.E.et l'A.L.É.

La Communauté économique européenne constitue à l'heure actuelle une union économique et un début d'union monétaire. Par contre, l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis a institué une simple zone de libre-échange qui comporte certains éléments de marché commun (libéralisation des services et des capitaux). Pour éclairer la différence entre les deux regroupements, rappelons brièvement quelles sont les différentes formes d'intégration économique régionale ou internationale et quels éléments d'intégration politique les accompagnent habituellement[59].

Une *zone de libre-échange* (Z.L.É.) est constituée par des pays qui abolissent leurs barrières douanières ainsi que les restrictions quantitatives. Chaque pays reste cependant libre d'établir son propre « tarif extérieur » à l'égard des pays tiers; il n'existe donc pas de politique extérieure commerciale commune. Le fonctionnement d'une Z.L.É. suppose l'établissement de règles d'origine pour les produits fabriqués à l'étranger, en vue de s'assurer que les exportateurs des pays tiers ne profitent pas de la différence de structure tarifaire entre les pays membres de l'union pour envahir l'ensemble de la zone; il faut donc établir des contrôles aux frontières communes des pays membres.

L'*union douanière* comprend les éléments qui sont déjà présents dans la Z.L.É. plus un « tarif extérieur commun » et une politique commerciale commune à l'égard des pays tiers.

Un *marché commun* est une union douanière avec libre circulation de la main-d'œuvre et du capital.

Pour faire fonctionner ces trois premières formes d'intégration économique, les instruments juridiques et politiques du droit international suffisent (traité, arbitrage, règlement obligatoire des différends, commissions paritaires, etc.).

Une *union économique* comprend les éléments déjà présents dans le marché commun auxquels s'ajoute une certaine harmonisation des politiques économiques et sociales et, de façon plus générale, de toutes les réglementations qui influencent le coût de production des biens et des services et la mobilité des facteurs économiques. En outre, certaines politiques peuvent être mises en commun. Du point de vue juridique, une union économique suppose presque nécessairement une certaine autorité centrale — de type fédéral ou confédéral — ayant des pouvoirs de gestion de l'économie dans des domaines clés. Si l'on veut également réaliser l'*union monétaire*, il faut confier en plus aux organes communs la monnaie et la politique monétaire.

D'autre part, toujours pour analyser les différentes formes d'intégration économique, on peut également distinguer les techniques d'intégration négative et celles qui servent à l'intégration positive. L'intégration négative consiste à établir la liberté de circulation et la libre concurrence; elle suppose l'élimination des entraves à la libre circulation des biens et des facteurs, une certaine politique favorisant la concurrence et une certaine harmonisation des réglementations. L'intégration positive passe par l'élaboration et la mise en œuvre de politiques communes.

Même du simple point de vue de l'intégration négative, auquel il suffit de limiter notre comparaison, les différences juridiques entre la Communauté européenne et l'A.L.É. sont considérables. Les traités européens et le droit communautaire qui en dérive priment sur les droits nationaux et sont directement applicables dans l'ordre juridique de chacun des États membres par les juridictions de celui-ci. Par conséquent, les individus et les personnes morales peuvent saisir les tribunaux nationaux pour leur faire invalider les normes nationales incompatibles avec le droit communautaire qui institue la libre circulation. Par ailleurs, il existe également une Cour de justice des Communautés qui vérifie la compatibilité des droits nationaux avec le droit communautaire et qui peut être saisie d'une affaire par les personnes physiques et morales. Par contre, l'A.L.É. ne prime pas sur le droit canadien et n'est pas applicable directement devant les tribunaux canadiens. Seuls les gouvernement fédéraux — américain et canadien — peuvent mettre en œuvre les procédures de règlement des différends; ni les personnes morales ou physiques, ni même les gouvernements des provinces canadiennes ou des États américains n'ont cette possibilité (sauf pour le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs, où les entreprises peuvent en appeler devant un groupe spécial binational). Enfin, les mesures de rétorsion constituent la seule sanction prévue. En résumé, contrairement à la C.É.E., qui a créé un nouvel « ordre juridique » parallèle aux ordres nationaux et jouissant d'une primauté sur ceux-ci, l'A.L.É. vise une simple coopération intergouvernementale et n'a ni vocation supra-nationale ni finalité politique.

Cependant, ces différences entre la C.É.E. et l'A.L.É. portent principalement sur les modalités juridiques et politiques de mise en œuvre des obligations relatives à la libre circulation contenues

59 Sur cette question, voir P. SOLDATOS, *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation*, Bruxelles, Bruylant, 1989, aux pp. 115 et ss.; I. BERNIER, N. ROY et al., « Le concept d'union économique en droit international et constitutionnel », dans KRASNICK (dir.), *Points de vue sur l'union économique canadienne*, *op. cit.*, *supra*, note 50 à la p. 39.

dans les traités respectifs. Le principe de libre circulation lui-même — et les obligations de traitement national et de non-discrimination qui en découlent — ont essentiellement la même signification dans le cadre de la C.É.E. et dans celui de l'A.L.É. C'est pourquoi nous pensons que le précédent de la C.É.E., qui a une période d'application déjà longue et pleine d'enseignement, est utile pour tenter de prévoir quelle sera l'incidence de l'A.L.É. sur la politique linguistique du Québec.

Le fonctionnement de la Communauté européenne soulève de très nombreuses questions d'aménagement linguistique[60]. Nous nous contenterons ici de voir dans quelle mesure les règles communautaires relatives à la libre circulation des produits et des facteurs ont eu pour effet de limiter la liberté des États membres dans la mise en œuvre de leur politique linguistique (pour ceux qui en ont une). En fait, nous constaterons que c'est principalement l'application de la loi française du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française qui a soulevé des difficultés. Or ce texte présente certaines ressemblances avec la *Charte de la langue française* du Québec[61].

Nous examinerons d'abord la question de la libre circulation des produits, puis celle de la libre circulation des services et des personnes.

B. La liberté de circulation des produits

C'est l'article 30 du Traité de Rome (*Traité instituant la Communauté économique européenne*) qui contient les principales dispositions instituant la libre circulation des produits :

> « Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres [...]. »

Par ailleurs, l'article 36 du traité autorise «les interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ». L'article ajoute : « Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

Plusieurs règlements et directives adoptés par le Conseil ou la Commission des Communautés et ayant pour objet de faciliter la circulation des marchandises incluent des dispositions relatives à l'emploi des langues[62]. Celles-ci varient d'un cas à l'autre. Un texte qui nous semble représentatif, et qui est d'application très large, concerne l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard[63]. Deux choses doivent être notées : premièrement, les mentions doivent être dans une langue facilement comprise par les acheteurs, « sauf si l'information de l'acheteur est assurée par d'autres mesures »; deuxièmement, les mentions peuvent figurer en plusieurs langues, ce qui exclut les réglementations nationales qui exigeraient l'unilinguisme ou qui limiteraient le nombre de langues utilisables (ou encore qui exigeraient, comme l'article 51 de la *Charte de la langue française*, que les inscriptions rédigées dans la langue nationale ne soient pas moindres que celles qui sont rédigées dans une ou plusieurs autres langues). Le professeur De Witte analyse ainsi la portée de cette directive :

> « National regulations that prescribe the use of the national language in all cases and for all products would therefore seem to be excessive. »[64]

Une directive plus récente adoptée par le Conseil le 24 septembre 1990 relativement à l'étiquetage nutritionnel des denrées alimentaires reprend en substance les mêmes dispositions[65].

Un règlement du Conseil du 5 février 1979, modifié le 15 décembre 1981, prévoit que les indications sur l'étiquette des vins de table provenant de la Communauté doivent être faites dans une ou plusieurs langues officielles de la Communauté[66]. Ce règlement est rédigé de telle sorte que les agents économiques peuvent inscrire les mentions sur les étiquettes dans une seule langue officielle de la Communauté et commercialiser les produits ainsi désignés dans toute la Communauté.

La Commission a estimé que ce règlement était incompatible avec l'article premier de la loi du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française qui impose l'utilisation de la langue française dans la présentation d'un bien ou d'un service et dans tous les documents accompagnant la vente.

Quant à la directive de 1978 concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires mentionnée précédemment, elle a été utilisée dans l'affaire *Société France Quick*, qui a également opposé la Commission et le gouvernement français à propos de l'application de la loi du 31 décembre 1975. Cette entreprise avait été condamnée par un tribunal français à une amende pour non-utilisation de la langue française dans ses menus et « sets de table » publicitaires. La Commission a considéré que le jugement était excessif, compte tenu du fait que des notices explicatives étaient rédigées en français et qu'une représentation imagée du produit par des panneaux

60 Sur l'ensemble des problèmes d'aménagement linguistique soulevés par le fonctionnement de la Communauté européenne, voir notamment COULMAS, *op. cit., supra*, note 49; N. LABRIE, *L'Europe et les langues. La construction linguistique de l'Europe*, Paris, Honoré Champion Éditeur, 1993, (coll. Politique linguistique).« L'analyse de l'aménagement linguistique », dans H. GIORDAN (dir.), *Les minorités en Europe - Droits linguistiques et droits de l'Homme*, Paris, Éditions Kimé, 1992, à la p. 63 (ci-après LABRIE); G. LEITNER, « Europe 1992 : A Language Perspective », (1991) 15 *L.P.L.P.* 282; B. DE WITTE, « Surviving in Babel? Language Rights and European Integration », dans Y. DINSTEIN et M. TABORY (dir.), *The protection of Minorities and Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, à la p. 277; B. DE WITTE, « Community Law and National Constitutional Values », (1991) 2 *Legal Issues of European Integration* 1.

61 *Loi no 75-1349 du 31 décembre 1975* , J.O., 4 janvier 1976, 189. Pour une analyse de ce texte et une comparaison avec la *Charte de la langue française*, voir J. WOEHRLING, « À la recherche d'un concept juridique de la langue : présence et qualité du français dans la législation linguistique du Québec et de la France », (1981-82) 16 *R.J.T.* 457.

62 Voir B. DE WITTE, *loc. cit., supra*, note 49 aux pp. 166-167; LABRIE, *L'Europe et les langues, op. cit., supra*, note 60 aux pp. 166 et ss..

63 CE, *Directive (CEE) nº 79/112 du conseil du 18 décembre 1978* , législation [1979] J.O. L. L /33 à la p.1.

64 Voir B. DE WITTE, *loc. cit., supra*, note 49 p. 166. Pour une étude de la compatibilité des normes communautaires relatives à la libre circulation des produits avec les réglementations linguistiques belge, française et néerlandaise, voir L. VAN BUNNEN, « L'emploi des langues dans l'étiquetage et le droit communautaire », (1988) *Journal des Tribunaux* 41. Pour des commentaires sur la compatibilité du droit communautaire avec la réglementation linguistique adoptée par la Communauté autonome de Catalogne, voir J. LLIMONA I BALCELLS, « La normativa de la Generalitat de Catalunya sobre etiquetatge i la lliure circulació de mercaderies », (1989) 13 *Revista de Llengua i Dret* 153.

65 Directive du Conseil du 24 septembre 1990 relative à l'étiquetage nutritionnel des denrées alimentaires (90/496/112/CÉE), J.O. 1990 L 276 du 6.10.90, p. 40.

66 Règlement 355/79 du Conseil, du 5 février 1979, (J.O. 1979 L 54 du 5.3.79, p. 99), modifié par le Règlement 3685/81 du Conseil, du 15 décembre 1981 (J.O. 1981 L 369 du 24.12.81, p. 1).

publicitaires et les « sets de table » servait à transmettre l'information au consommateur[67].

Dans une troisième affaire, le Ministère français de la Santé avait exigé d'un laboratoire italien (le laboratoire ISMUNIT) qu'il joigne une traduction française aux documents rédigés en anglais accompagnant certains produits adressés au Laboratoire national de la santé. La Commission, saisie d'une plainte par le laboratoire ISMUNIT, a décidé que les utilisateurs français de ces produits devaient, de par leur formation, connaître l'anglais et que l'exigence d'une traduction française était donc excessive et gênait le commerce. Elle a considéré qu'il n'était pas nécessaire, pour protéger le consommateur, d'étendre l'obligation d'utiliser le français à toutes les activités précédant la vente au détail et notamment pour ce qui touche l'importation, la vente en gros ou la vente à des spécialistes[68].

Enfin, un arrêt de la Cour de justice des Communautés a été rendu dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Il s'agit de l'affaire *Fietje*, dans laquelle la Cour a décidé que la loi néerlandaise qui exige la mention « likeur » sur certains produits alcoolisés « doit être considérée comme une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, ce qui est interdit en vertu de l'article 30 du traité, dans la mesure où les détails indiqués sur l'étiquette originale [le produit était importé de la République fédérale d'Allemagne] fournissent au consommateur des informations sur la nature du produit en question [...] »[69].

On constate donc que les organes de la Communauté considèrent que, en matière d'étiquetage et d'emballage, seules les exigences linguistiques strictement liées à la protection des consommateurs sont justifiées, ce qui exclut certaines prescriptions nationales, comme celles de la loi française du 31 décembre 1975, et ce qui, *a fortiori*, serait incompatible avec les dispositions de l'article 51 de la *Charte de la langue française*.

Un auteur, qui a également exercé les fonctions de chef de division à la Commission des Communautés, a résumé de la façon suivante l'attitude des organes européens et les règles de la Communauté à l'égard des exigences d'utilisation de la langue nationale[70] :

> « Une réglementation ou pratique, indistinctement applicable aux produits nationaux et importés, prescrivant que toute indication figurant sur un produit doit être rédigée dans la langue ou les langues nationale(s) est susceptible de créer des entraves au commerce dans la mesure où le producteur étranger est obligé d'apposer des étiquettes spéciales selon les langues parlées dans les pays vers lesquels il exporte ou de traduire les documents qui accompagnent le produit.
> Cette exigence entraîne des coûts de production additionnels susceptibles de rendre les importations plus onéreuses. Ces coûts sont d'autant plus élevés que l'exigence est requise non seulement pour les indications « faisant corps» avec la marchandise mais également pour toute une série de documents utilisés dans les transactions commerciales, tels que contrats, catalogues, prospectus, bons de commande, de livraison, de garantie, modes d'emploi, attestations d'assurance, titres de transport, certificats, etc.Cette obligation peut cependant, dans certains cas, être justifiée par des raisons de protection du consommateur lorsqu'il s'agit d'informer celui-ci, dans sa propre langue, sur la nature, la composition, l'utilisation et les conditions de garantie d'un produit. [...]
> L'obligation d'utiliser la langue nationale ne saurait cependant être considérée comme justifiée par des raisons de protection du consommateur lorsqu'elle est exigée à des stades antérieurs à celui de la vente au détail, ces stades ne concernant pas le consommateur final, mais plutôt des intermédiaires commerciaux qui maîtrisent les langues étrangères et qui peuvent, en tout état de cause, exiger de leurs fournisseurs étrangers, dans le cadre de leurs relations contractuelles, que les produits soient étiquetés et, le cas échéant, accompagnés de tous les documents nécessaires dans la langue nationale.[...]
> [L]'obligation d'utiliser la langue nationale est à considérer, en principe, comme légitime lorsqu'elle est prescrite au stade de la vente au consommateur final.Une telle exigence serait cependant à qualifier d'excessive par rapport au but recherché (la protection des consommateurs) notamment si elle était imposée :
> – pour des expressions largement tombées dans le langage public et, dès lors, compréhensibles pour la plus grande partie des consommateurs; tel est notamment le cas d'inscriptions figurant sur les produits de large diffusion ou de grande consommation;
> – pour des expressions « faisant corps » avec la marchandise (que l'on songe, par exemple, aux indications figurant sur le tableau de bord des voitures) et traduites en langue nationale dans le mode d'emploi ou par les notices explicatives qui accompagnent le produit en cause.Il résulte de ce qui précède que l'obligation d'emploi de la langue nationale ne saurait, en principe, être conforme au droit communautaire que lorsque le bénéfice de la protection recherchée est limité à ceux qui méritent et ont vraiment besoin d'être protégés, à savoir les consommateurs finals. »

Un autre auteur conclut de la façon suivante une étude sur la compatibilité des réglementations linguistiques belge, française et néerlandaise avec le droit communautaire relatif à la libre circulation des produits :

> « Quel que soit le mobile des législations linguistiques — information du consommateur, volonté de préserver une identité culturelle, souci de sauvegarder la pureté d'une langue — celui-ci ne peut servir à justifier l'usage obligatoire de la langue nationale dans l'étiquetage ou la publicité, dès lors que les échanges intra-communautaires en sont affectés.
> Que la préservation de la culture ou la sauvegarde de la langue ne puissent servir de justification valable résulte de ce qu'elles ne sont pas mentionnées parmi les exceptions limitatives de l'article 36 [du Traité de Rome].
> Quant à la protection du consommateur qui peut, en certains cas, fournir la base d'une exception, il faut toujours que soit respectée la règle de la proportionnalité. À cet égard, la plupart du temps, l'emploi obligatoire de telle ou telle langue peut apparaître contestable. »[71]

C. La liberté de circulation des services et des personnes

L'article 48 du Traité de Rome garantit la libre circulation des travailleurs, sauf pour ce qui est des emplois dans l'administration publique, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. L'article 59 garantit la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté.

Dès 1986, le Conseil a adopté un règlement relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

67 Commission des Communautés européennes, *France Quick*, *supra*, note 44. Pour une discussion détaillée de cette affaire, voir M. SPARER, *Libre-échange et droit linguistique*, Québec, Conseil de la langue française, 1986, aux pp. 47-48 (ci-après SPARER); voir également *Le libre-échange Canada-États-Unis et la langue française au Québec*, Rapport et avis à la Ministre responsable de l'application de la *Charte de la langue française*, Québec, Conseil de la langue française, 1986, aux pp. 21-22.

68 Commission des Communautés européennes, *Affaire ISMUNIT*, *supra*, note 45. Pour une discussion détaillée de cette affaire, voir SPARER, *op. cit.*, *supra*, note 67 aux pp. 46-47; LABRIE, *L'Europe et les langues*, *op. cit.*, *supra*, note 60 aux pp. 202-203.

69 CJCE 16 décembre 1980 (*Procédure criminelle contre Anton Adriaan Fietje*) 27/80 Recueil 1980, p. 3839; voir LABRIE, *L'Europe et les langues*, *op. cit.*, *supra*, note 60 aux pp. 204-205. Dans le même sens, voir également CJCE 18 juin 1991, (*Piageme e.a.c. B.V.B.A. Peeters*) c-369/89 Recueil 1991, p. 2971.

70 A. MATTERA, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1988, aux pp. 417-420.

71 L. VAN BUNNEN, *loc. cit.*, *supra*, note 64 à la p. 42.

L'article 3(1) de ce texte vise à interdire toute discrimination indirecte :

> « Dans le cadre du présent règlement, ne sont pas applicables les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou les pratiques administratives d'un État membre :
> – qui limitent ou subordonnent à des conditions non prévues pour les nationaux la demande et l'offre de l'emploi, l'accès à l'emploi et son exercice par les étrangers;
> – ou qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert. Cette disposition ne concerne pas les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir. »[72]

Comme on l'a déjà mentionné, le professeur De Witte interprète de la façon suivante ce règlement :

> « [...] when a Member State makes access to employment dependent on linguistic proficiency, there is a presumption of an indirect discrimination against foreign workers, unless it can be shown that such proficiency is needed for that particular job. »[73]

Une autre directive du Conseil porte sur le libre exercice de la profession d'avocat et prévoit que le titre professionnel doit être laissé dans la langue originale dans laquelle l'avocat a acquis ce titre[74].

Au chapitre des litiges ayant donné lieu à une médiation de la Commission, on peut signaler une affaire de 1977 concernant la France. Ce pays avait inscrit à son Code de la santé une disposition imposant au médecin demandant son inscription au tableau de l'Ordre des médecins de faire la preuve d'une « connaissance suffisante de la langue française ». On notera évidemment la parenté d'inspiration avec l'article 35 de la *Charte de la langue française*. La Commission a considéré que « s'il était hautement souhaitable que le médecin migrant apprenne la langue du pays dans lequel il désire exercer, il n'est toutefois pas permis aux États membres de lui opposer un refus du droit d'exercer fondé sur une connaissance suffisante de cette langue »[75].

Enfin, il faut signaler deux arrêts de la Cour de justice des Communautés qui portent sur la liberté de circulation des personnes.

Dans l'affaire *Mutsch*[76], il était question d'une loi belge qui octroie le droit aux personnes qui vivent dans la partie germanophone du pays de se servir de la langue allemande dans la procédure d'appel au criminel, mais seulement si elles ont la citoyenneté belge. M. Mutsch, un citoyen du Luxembourg qui vivait dans cette région, s'était donc vu refuser ce droit. La Cour jugea que cela constituait une discrimination illégale contre un travailleur de la Communauté. La possibilité d'utiliser la langue allemande devant le tribunal devait être considérée comme un « avantage social » pour lequel, conformément au Règlement 1612/68 du Conseil, les travailleurs de la Communauté devaient recevoir un traitement égal. La Cour a notamment justifié sa décision de la façon suivante :

> « La faculté d'utiliser sa propre langue dans une procédure devant les juridictions de l'État membre de résidence, aux mêmes conditions que les travailleurs nationaux, contribue de manière importante à l'intégration du travailleur migrant et de sa famille dans le milieu du pays d'accueil et donc à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs. »[77]

Selon le professeur De Witte, les conséquences de ce jugement sont les suivantes :

> « States may still decide whether or not to grant linguistic rights to their own minorities. But if they grant such rights, Community workers speaking that same minority language should also be entitled to those rights. »[78]

Transposée dans le contexte du libre-échange canado-américain, une telle interprétation pourrait signifier que les droits de la minorité anglophone du Québec en matière de langue d'éducation, reconnus à l'article 73 de la *Charte de la langue française* et à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[79], doivent être étendus aux Américains anglophones qui bénéficient des dispositions relatives à la liberté des services contenus dans l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis.

Dans le même ordre d'idées, un règlement communautaire garantit aux travailleurs migrants de la Communauté le droit de se voir notifier certaines décisions administratives dans leur propre langue[80], et une directive de 1977, juridiquement contraignante pour les États membres, fait à ceux-ci le devoir de prendre les mesures appropriées, d'une part, pour faciliter l'intégration linguistique des enfants des travailleurs migrants, en leur assurant l'enseignement de la langue ou des langues de l'État hôte, et, d'autre part, pour permettre une éventuelle réintégration de ces enfants dans leur pays d'origine, en prévoyant également un enseignement de la langue et de la culture de celui-ci[81].

Enfin, dans l'affaire *Groener*[82], une ressortissante néerlandaise, Mme Anita Groener, qui enseignait les arts plastiques à Dublin depuis quelques années dans un collège public d'enseignement professionnel et qui s'était vu refuser un poste permanent à plein temps après avoir échoué à un test de connaissance de l'irlandais, contestait les dispositions exigeant une connaissance suffisante de cette langue pour l'accès aux postes de la fonction publique. Il était manifeste que le poste en question n'exigeait pas *fonctionnellement* la connaissance de l'irlandais. Devant la Cour de justice des Communautés, le gouvernement irlandais et le gouvernement français, qui présentait également des observations, insistèrent sur la nécessité *culturelle* et *politique* pour les enseignants du système public de connaître la langue nationale du pays, ce devoir étant la nécessaire contrepartie du droit des citoyens d'utiliser cette langue.

Dans une certaine mesure, la Cour a accepté ce point de vue; elle a ainsi déclaré :

72 *CE, Règlement 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté*, [1968] J.O. L 257, à la p. 1.

73 B. DE WITTE, *loc. cit.*, *supra*, note 49 à la p. 168.

74 CE, *Directive du Conseil du 22 mars 1977 tendant à l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats*. [1977] J.O. L 78, à la p. 17.

75 Voir N. LABRIE, *L'Europe et les langues*, *op. cit.*, *supra*, note 60 aux pp. 203-204.

76 CJCE 11 juillet 1985 (*Ministère public* c. *Robert Heinrich Maria Mutsch*) 137/84, Recueil 1985, p. 2681.

77 *Id.*, à la p. 2696.

78 B. DE WITTE, *loc. cit.*, *supra*, note 49 à la p. 170; voir également B. DE WITTE, « Il caso Mutsch : libera circolazione dei lavoratori e uso delle lingue », (1987) *Il Foro Italiano* 3.

79 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 27.

80 CE, Règlement (CEE) n° 574/72 du conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du réglement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté. [1972] J.O.L. L/74, article 48(1).

81 CE, Directive 77/486/CÉE), [1977] J.O.L. L/199, à la p. 32; sur cette directive, voir B. DE WITTE, *loc. cit.*, *supra*, note 49 aux pp. 171-172; B. DE WITTE, « Educational Equality for Community Workers and their Families », dans B. DE WITTE (dir.), *European Community Law of Education*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, à la p. 71; J. HANDOLL, « State Definition and the Free Movement of Workers (with special reference to Linguistic Policy) », (1987) *Dublin University Law Journal* 64, aux pp. 69-70.

82 CJCE 28 novembre 1989, (*Anita Groener* c. *The Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee*) 379/87, Recueil 1989, p. 3967.

> « Il y a lieu de reconnaître [...] l'importance que revêt l'enseignement. En effet, les professeurs ont un rôle essentiel à jouer non seulement par l'enseignement qu'ils dispensent, mais aussi par leur participation à la vie quotidienne de l'école et par les relations privilégiées qu'ils entretiennent avec leurs élèves. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable que l'on exige d'eux une certaine connaissance de la première langue nationale.[...]
> Dès lors, il convient de répondre [...] qu'un poste permanent de professeur exercé à plein temps dans les institutions publiques d'enseignement professionnel est un emploi de nature à justifier l'exigence de connaissances linguistiques, au sens de l'article 3, paragraphe 1, dernier alinéa, du règlement nº 1612/68 du Conseil, pour autant que l'exigence linguistique en cause s'inscrive dans le cadre d'une politique de promotion de la langue nationale qui est en même temps la première langue officielle, et que cette exigence soit mise en œuvre de façon proportionnée et non discriminatoire. »[83]

Le professeur De Witte présente notamment les commentaires suivants de cette décision :

> « The consequences of *Groener* appear rather ambiguous. On the one hand, the Irish regulation (and, indirectly, similar regulations elsewhere in the Community) is allowed to stand, and the court corrects somewhat the impression that, from the point of view of market integration, linguistic diversity is not so much a cultural asset as an obstacle to efficient communication. On the other hand, the Court has established its jurisdiction to check whether language regulations do not impinge on the exercise of Community rights. Moreover, its holding is limited to official languages. Rules prescribing the use or knowledge of *minority* languages would not be necessarily be viewed with favour. »[84]

Un autre auteur qui a commenté la décision *Groener*, le professeur McMahon, constate que la Cour a reconnu le caractère désirable des mesures destinées à préserver le multi- linguisme et qu'elle a laissé aux États membres une marge raisonnable d'appréciation dans ce domaine. Cependant, il souligne également certaines limites du raisonnement utilisé par la Cour. Outre le fait qu'il ne semble s'appliquer qu'aux langues *officielles*, il repose en grande partie sur la *nature de l'emploi en cause*, ce qui restreint évidemment sa portée :

> « It was central to the Court's decision that the nature of a teacher's post involved more than the transmission of knowledge. The Court emphasised that because of the peculiar and privileged position which the teacher occupies *vis-à-vis* his pupil, a linguistic requirement was justified. It is by no means certain whether a similar requirement would be justified in the case of nurses, doctors, postmen, lawyers or others. »[85]

Les attitudes des organes communautaires à l'égard des réglementations exigeant l'emploi ou la connaissance de la langue nationale sont donc le plus souvent inspirées par une logique économique et par le souci de promouvoir la libre circulation, fût-ce aux dépends de la protection et de la promotion des langues nationales. Les interventions de la Commission, comme on l'a constaté, ont généralement eu tendance à écarter toute velléité d'unilinguisme. Comme le note le professeur Labrie :

> « Dans l'ensemble, les actions communautaires, qu'il s'agisse de spécifications linguistiques faisant partie de réglementations visant à assurer la libre circulation, de médiations de la Commission agissant en tant que gardienne des traités, ou des arrêts de la Cour, présentent la particularité, soit d'exclure l'unilinguisme, soit de promouvoir le multilinguisme. »[86]

* * *

L'examen du précédent de la Communauté européenne vient confirmer les inquiétudes que l'on peut éprouver concernant la compatibilité à long terme de certains éléments de la législation linguistique du Québec avec la politique de libre circulation que le gouvernement canadien a choisi de mettre en œuvre avec l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis et avec le projet d'Accord de libre-échange nord-américain.

En effet, l'évolution vers une plus grande liberté de circulation, qui paraît d'ailleurs inévitable pour les pays ayant une économie ouverte, pourrait bien remettre en question le « protectionisme linguistique » qui inspire la *Charte de la langue française*. La libre circulation des marchandises et la libre circulation des personnes, ainsi que la logique d'efficacité économique qui fonde ces principes, pourraient se révéler difficilement compatibles, à la longue, avec le respect intégral de certaines dispositions de la *Charte de la langue française* ou, dans une moindre mesure, de la réglementation fédérale relative à l'étiquetage et à l'emballage des produits.

Est-il possible de parer ces risques? Il faut d'abord rappeler qu'en tant que province canadienne le Québec ne peut, dans la meilleure hypothèse, participer que de façon indirecte — et non décisive — à la négociation conduisant à des accords de libre-échange comme celui qui lie actuellement le Canada et les États-Unis. Sa capacité d'influer sur le contenu de tels accords est donc forcément limitée. En théorie, le gouvernement fédéral pourrait tenter de négocier une clause de sauvegarde particulière des intérêts culturels et linguistiques du Québec (et, plus généralement, de tous les Francophones du Canada) prévoyant expressément que la préservation de la langue française justifie des mesures restreignant la liberté de circulation des produits et des services. Cependant, les partenaires du Canada n'accepteraient probablement une telle disposition qu'en échange de concessions dans un autre domaine. Dès lors, la protection des intérêts linguistiques et culturels du Québec (et des Francophones en général) risque d'être considérée par les autres Canadiens, qui n'ont pas les mêmes préoccupations, comme un élément entraînant un coût économique trop élevé. Par ailleurs, comme on l'a constaté en examinant le droit de la Communauté européenne, une disposition de sauvegarde générale, comme celle qui se trouve dans l'article 36 du Traité de Rome, ou dans les dispositions équivalentes de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, ne peut servir qu'à justifier les restrictions à la libre circulation directement nécessitées par la protection des consommateurs ou de la santé publique. Or, on a vu que de tels objectifs ne constituent pas une justification valable des mesures exigeant l'emploi obligatoire d'une langue en toutes circonstances ni, *a fortiori*, de celles qui imposent l'usage *prédominant* d'une langue ou encore son usage *exclusif*.

83 *Id.*, aux pp. 3993-3994.

84 B. DE WITTE, *loc. cit.*, *supra*, note 49 à la p. 170.

85 B. M .E. McMAHON, « Case 379/87, *Groener* v. *Minister for Education and The City of Dublin Vocational Education Committee (CDVEC)* », (1990) 27 *Common Market Law Review* 129, à la p. 136.

86 LABRIE, *L'Europe et les langues*, *op.cit.*, *supra*, note 60 à la p. 209.